

信仰と法規制：アメリカ法の議論から

著者	山口 智
雑誌名	神戸市外国語大学研究叢書
号	55
ページ	1-189
発行年	2015-03-01
URL	http://id.nii.ac.jp/1085/00001694/



ISSN 1345-8604

神戸市外国語大学

研究叢書

2014 第 55 号

信仰と法規制

アメリカ法の議論から

山口 智

神戸市外国語大学外国学研究所



神戸市外国語大学

研究叢書

2014 第 55 号

目 次

第1章 信仰と法規制

問題の所在：宗教中立的法規制	1
第1節 日本における判例と学説	3
1. 初期の判例 (3)	
2. 信仰と学校：「宗教的中立性」問題の顕在化 (6)	
3. 宗教信仰と世俗思想 (9)	
第2節 アメリカにおける判例の変遷	10
1. 規制免除の否定：1950年代まで (11)	
2. 「厳格な審査」：1960～80年代前半 (18)	
3. 「厳格な審査」の動揺：1980年代後半 (23)	
第3節 規制の免除に関する問題点	29
1. 利益認定の手法 (29)	
2. 「宗教」とは何か：保護の対象 (32)	
3. 国教禁止条項との関係 (37)	
4. 宗教は「特別」なのか (48)	
第4節 「厳格な審査」の放棄	54
1. 画一規制の主張 (54)	
2. スミス判決 (56)	
第5節 アメリカの議論から	60
1. 免除の可否 (60)	
2. 宗教と非宗教 (61)	

第2章 立法と判例の応答：スミス判決以降

第1節 宗教の自由回復法の成立	64
1. 連邦議会：スミス判決の否定 (65)	
2. 最高裁：スミス判決の維持 (66)	
第2節 下級裁判所による法の運用	68
1. 「実質的な負担」の解釈 (69)	
2. 「厳格な審査」の実際 (71)	
3. 不振の事情 (76)	
第3節 宗教の自由回復法の一部違憲判決	77
1. フローレス判決 (77)	
2. 学界の反応 (80)	

3. 「厳格な審査」の行方 (84)	
第4節 宗教に関する土地利用及び施設収容者法の登場	86
1. 宗教の自由保護法案の挫折 (86)	
2. 宗教に関する土地利用及び施設収容者法の成立 (91)	
3. 土地利用規制 (93)	
4. 刑事施設 (98)	
5. 成果の背景 (101)	
第5節 最高裁による一部合憲判決	102
1. 宗教に関する土地利用及び施設収容者法は一部合憲 (102)	
2. 宗教の自由回復法を連邦機関に適用 (104)	
第6節 権利の保障：一般法、個別法、そして裁判	107
1. 州法の動向 (107)	
2. 一般法批判 (108)	
3. 個別法による対応は有効か (110)	
おわりに	111

第3章 雇用における宗教問題

第1節 人権保護法第7編	112
1. 雇用における宗教差別 (112)	
2. 規制対象となる「使用者」 (113)	
3. 宗教差別に対する救済 (114)	
第2節 「宗教」とは	115
1. 宗教の定義 (115)	
2. 信仰の真摯さ (118)	
第3節 「意図的な差別」の立証	119
第4節 宗教差別が生じる局面	121
第5節 宗教に対する配慮	124
1. 配慮の必要性に関する立証 (125)	
2. 配慮を求めることができる場合 (125)	
3. 「不当な困難」 (128)	
4. 「合理的な」配慮の方法 (132)	
第6節 職場での宗教表現	140
1. 職場での宗教表現・宣伝 (140)	
2. 企業の方針に対する異議 (143)	

第4章 宗教団体と雇用差別禁止法

第1節 人権保護法第7編が定める適用除外	145
1. 適用除外規定 (145)	
2. 法規定の合憲性 (146)	
3. 適用除外に関する判例 (148)	
4. 宗教を雇用条件にできる場合 (151)	
第2節 憲法修正1条と「聖職者例外の法理」	153
1. 第5巡回区控訴裁における初期の判例 (153)	
2. 「聖職者」の範囲 (156)	
第3節 「聖職者例外の法理」をめぐる議論	166
1. 関連する最高裁判例 (166)	
2. 学説の議論 (172)	
第4節 最高裁の容認	177
1. ホザナ・テイバー判決 (177)	
2. 学界の反応 (183)	
おわりに 個人から団体へ?	188

第1章 信仰と法規制

問題の所在：宗教中立的法規制

日本国憲法20条1項前段は、「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する」と定める。そして、「信教（宗教）の自由」の具体的内容として、一般に以下の3つが挙げられている¹。

第1に、信仰の自由である。特定の宗教上の信仰を持ち、またはあらゆる信仰を持たない自由を意味する。さらに、信仰を積極的に外部に向けて表明し、あるいは表明を強制されない信仰告白の自由をも含む。

第2に、宗教行為の自由である。礼拝、祈禱、布教・宗教宣伝、宗教儀式・祝典などを行ない、あるいは参加する自由、またはそれらを行わず、参加しない自由を意味する。後者については、20条2項が「何人も、宗教上の行為、祝典、儀式または行事に参加することを強制されない」と定めている。

第3に、宗教結社の自由である。宗教目的を達成するために集会を開き、団体を結成したり、それらに参加または加入する自由、逆に、参加または加入しない自由を意味する。

これらの保障内容について、信仰、宗教行為、宗教結社は、それぞれ思想・良心、表現、集会・結社一般から宗教的側面を取り出したものと捉えることができる。従って、思想・良心の自由（憲法19条）、表現、集会・結社の自由（同21条1項）が保障されていれば、理論上は、明文規定がなくとも信教の自由は保障されることになる。

しかし、歴史においては、信教の自由こそが精神活動の自由全般の保障を導く原動力になっていた。その背景には、少数派・非主流の宗教に対して繰り返された迫害と、それに対する抵抗がある。中世の西欧諸国においては、宗教論争の中で異端とされた宗教や教派が、教会と密着した世俗権力によって弾圧された。また、教会の教義に反する学問研究は抑圧された。

このような事情から、「当初は中世の教会の権威に対抗する必要から、『信教』の自由の主張という形をとったのであるが、その根底にある理念は、人間精神の自由の自覚であり、思想の自由、学問の自由、言論の自由のごとき精神生活

* 初出：「信仰と世俗的法規制(1)、(2・完)」六甲台論集（神戸大学大学院）41巻1号141-156頁、41巻2号64-83頁（1994年）。

1 法学協会編『註解日本国憲法 上巻』410-412頁（有斐閣・1953年）、佐藤功『憲法（上）新版（ポケット註釈全書）』302頁（有斐閣・1983年）、樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集 憲法Ⅰ』388-390頁〔浦部法穂〕（青林書院・1994年）、芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) 増補版』123-126頁（有斐閣・2000年）、佐藤幸治『日本国憲法論』225-226頁（成文堂・2011年）などを参照。

の自由の原形であり、母胎である」²として、信教（宗教）の自由が各国の近代憲法で保障されるに至ったのである。

日本でも、江戸時代にはキリスト教の根絶が図られた。近代にあっても、大日本帝国憲法28条が「日本臣民ハ安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ信教ノ自由ヲ有ス」と定めたにもかかわらず、皇室と密接な関係を持つ神社神道は、国教的性格を持つものとして特別に扱われ³、天皇の神聖性を揺るがす恐れがあると考えられた宗教運動は厳しい統制・圧迫を受けていた⁴。

今日では、宗教寛容思想や人権意識の進展によって、宗教活動自体を「ねらい撃ち」にする法規制や宗教弾圧は、一応は過去のものとなりつつある⁵。しかし新たに、信仰に基づく行為と一般の法規制との対立・衝突という問題が現われてきた。このような法規制は、宗教活動自体を対象としない、通常は宗教に中立であると考えられている規制であり、宗教活動の弾圧を意図するものではない。そして対象となる行為も、伝統的に宗教行為と捉えられてきた祈禱や礼拝などとは異なるものが多い。

法規制と信仰との調整は、現代における信教の自由を考える上で重要な問題になっている。20世紀に入ると、国家の活動は「福祉国家」の展開によって著しく拡大した。資本主義社会における自由な経済活動によって生じる弊害を是正し、経済的弱者を保護して国民生活全体の増進を図るため、国家は、それまで自由放任を原則としていた経済活動の領域への介入や、社会保障制度などを通じた富の再配分をも行なうようになり、その結果、国家の規制が国民生活の隅々にまで及ぶようになった。他方で宗教も、その教義などによって信者の生活を律することが多い。こうして、一般の法規制が宗教活動に予期し得ない影

2 法学協会編・前掲注1、406頁。

3 村上重良『国家神道』、特にⅢ章（岩波新書・1970年）を参照。

4 治安維持法（1941年改正法）の7、8条は、神宮や皇室の尊厳を冒瀆する事項の流布を目的とする結社や集団の構成員を懲役刑に処すると定めている。なお、森長英三郎「治安維持法制下の思想・宗教弾圧」法学セミナー増刊『思想・信仰と現代』47頁以下（日本評論社・1977年）や、小池・西川・村上編『宗教弾圧を語る』（岩波新書・1978年）を参照。

5 とは言え、特定宗教を対象とした規制が消えたわけでもない。

いわゆるオウム真理教事件（1995年）を受けて制定された「無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律」（1999年）は、「団体の活動として役職員…又は構成員が、例えばサリンを使用するなどして、無差別大量殺人行為を行った団体につき、その活動状況を明らかにし又は当該行為の再発を防止するために必要な規制措置を定め」ている（1条）。

同法は、「無差別大量殺人行為を行った団体」一般に対する規制の形式を取ってはいるが、「サリンを使用」との例示からも、当面の規制対象がオウム真理教または後継団体であることは明らかである。「Aleph」及び「ひかりの輪」を監視下に置く「観察処分」は4回（2003、06、09、12年）にわたって更新され、現在も継続している。公安調査庁のホームページを参照（http://www.moj.go.jp/psia/kouan_topics_topics01.html）（2014年9月27日閲覧）。

響を与える可能性は、一層大きくなったのである⁶。

信仰とは相容れない法規制が適用されるとき、信者である各個人は、その信仰に忠実に従い規制の遵守を拒むことによって不利益を被るか、あるいは信仰を捨てて規制に服するか、という困難な選択を迫られることになる。こうして、「多くの信心深い個人が、まさに信仰の要求と国法との間にある陥穽に落ち込む」状況の下で「しばしば人々が、憲法上適切ではあるものの、自らの宗教信念を侵害する法律からの免除を求める」⁷ 場合には、法規制の適用を免除することによって、個人の内心における葛藤を取り除くべきである、との発想が生まれる。

第1節 日本における判例と学説

日本の判例は、長らく信仰に基づく法規制の免除に否定的であった。特に初期は、簡単に宗教上の主張を退けていた。

1. 初期の判例

1) 寺院が所持する刀剣と銃砲刀剣取締令：名古屋高裁金沢支部・昭和27〔1952〕年6月20日判決（高刑集5巻9号1459頁）

葬儀に用いる魔除けの仏具として刀剣を所持していた寺院の住職が、敗戦後の銃砲刀剣類等所持取締令違反で起訴され、1審で有罪判決（罰金1千円・刀剣没収）を受けた。

高裁判決は控訴を棄却した。本件所持は同令2条1号の禁止除外事由「法令に基づき職務のために所持するとき」には当たらない。同条の規定は違法性阻却事由を限定列挙したものであるから、刑法35条（正当業務行為）を適用する余地もない、としている。

刑法の解釈論のみによる判断であり、守り刀の所持を処罰する必要が疑わしいにもかかわらず、信教の自由についてはまったく触れていない⁸。

6 *Developments in the Law—Religion and the State*, 100 HARV. L. REV. 1606, 1707 (1987) は、「大恐慌後に連邦政府の機関や社会福祉の施策が広範に出現したことによって、アメリカの自由放任経済は高度管理経済に変質した。その結果、個人の生存は著しく政府の計画に依存するようになった。この状況にあつて、表面的に中立的な規制に基づいて、宗教信念によって行動した個人に対して政府の便益を拒むことは、信念に対する直接の規制と同様に宗教の自由に対する脅威となる」と述べる。

7 Note, *Religious Exemptions under the Free Exercise Clause: A Model of Competing Authorities*, 90 YALE L. J. 350 (1980).

8 「銃砲刀剣取締の趣旨からして、…処罰しなければならない実質的理由が」欠けており、「憲法と刑法の優劣関係が逆転している」との批判がある。原田保「宗教活動に対する刑法の適用」宗教法7号25頁以下、42頁（1989年）。

2) 宗教教義に基づく改名と戸籍法の制限：東京高裁・昭和27年12月27日決定（家月5巻5号171頁）

名を尊ぶことを教義の1つとする宗教教団を設立した者が、家裁で名の変更許可を却下された。そこで、名の変更に「正当な事由」を要件とする戸籍法107条の2の規定は憲法20条1項違反であるなどと主張して抗告した。

高裁は抗告を棄却した。

①当人の恣意による名の変更を許せば、各人を他と区別する名の効用は失われる。②公共の福祉から、信仰の自由は絶対無制限ではない。③従って、戸籍法の規定が、偶々、特定の宗教教義に基づく改名を制限する結果となっても憲法に違反しない。信仰の自由は、一般国民と異なる特権を与えたものではない。

信仰を理由とした戸籍法の適用免除を「特権」と捉え、憲法による保障を明確に否定している。

3) 加持祈■と傷害致死罪：最高裁大法廷・昭和38〔1963〕年5月15日判決（刑集17巻4号302頁）

病人の平癒祈願を業としていた寺院の住職は、異常な言動を示すようになった少女についてその家族から相談を受け、狸が憑いていると考えた。そこで線香護摩による加持祈禱を行ない、熱気と煙に苦しむ少女の背中を押さえつけて殴るなどしたところ、少女は全身の多数に熱傷や皮下出血を負い、急性心臓麻痺で死亡した。

住職は刑法205条1項の傷害致死罪で起訴され、1審と控訴審で有罪判決（懲役2年、執行猶予3年）を受けた。住職は上告して、線香護摩は正当業務行為（刑法35条）であり、構成要件に該当するとしても、犯意がなく無罪であり、処罰は憲法20条1項に違反すると主張した。

最高裁は上告を棄却した。

①憲法12、13条により、信教の自由も絶対無制限ではない。

②加持祈禱は一種の宗教行為であるが、本件行為は「他人の生命、身体等に危害を及ぼす違法な有形力の行使に当るものであり、これにより被害者を死に致したものである以上、…著しく反社会的」で、「信教の自由の保障の限界を逸脱したもの」である。

判決は、憲法による保障を受けない「著しく反社会的な行為」についての「具体的基準の提示はほとんどない」⁹ という難点があり、そもそも違憲審査基準について盛んに議論される以前のものである。ただ、生命の保護という刑法規定の目的が人権保障の限界を示していることは明らかであるために、結論そ

9 高柳信一「宗教の自由—一神に対する義務と国家に対する義務との衝突—」有倉遼吉教授還暦記念『体系・憲法判例研究Ⅱ』113頁以下、129頁（日本評論社・1974年）。

のものは概して肯定されている¹⁰。

これに対して、公共の福祉を限定して法適用の免除を認めた判決があった。

4) 牧会活動と犯人蔵匿罪：神戸簡裁・昭和50〔1975〕年2月20日判決（判時 768号3頁）

キリスト教会の牧師は、学生運動の影響を受けて校舎の封鎖を図って失敗した高校生について、警察官にも所在を答えずに匿った。他方で労働や教会の会合などに参加させて反省を促し、自主的に警察に出頭させた。牧師は刑法103条の犯人蔵匿罪で起訴され、略式命令（罰金1万円）を受けたが、これを不服として正式裁判を求めた。

簡裁は牧師を無罪とした。

①牧会活動の性質：牧師による個人の魂への配慮を通じて社会に奉仕する牧会活動は、礼拝の一内容に当たる。

②宗教行為に対する制約：信教の自由の外面的行為に対する制約は、「結果的に内面的信仰の自由を事実上侵す恐れが多分にある」ので、「最大限に慎重な配慮を必要とする」。宗教行為であり、公共の福祉に奉仕する牧会活動が形式上刑罰法規に触れる場合に、常に刑罰法規が牧会活動に優先すると解するのは「あまりに観念的かつ性急に過ぎる論」である。

③正当業務行為に当たる：本件行為は少年の魂への配慮に出た行為であり、捜査の支障を、少年の心の救済や自主的出頭による捜査の容易化等の利益と比較衡量して判断すると、「国民一般の法感情として社会的大局的に許容しうるものであると認める」。全体として法秩序の理念に反さず、正当な業務行為である。

判決は「牧会権を認めた」ものとして大きく報道されたようである。確かに判決は、宗教活動の性質に着目し、利益衡量に基づいて「公共の福祉」に勝る宗教活動の存在を認める点で、1)～3)の判決とは一線を画している。

しかし判決は、本件の解決に必要な範囲での判示であるところから、牧会活動がどこまで正当業務行為に当たると言えるのか、明らかにしていない¹¹。また、牧会活動に対する保護について「宗教活動家に治外法権的特権を与えることにはならないし、法の下での平等を定めた憲法14条に反するものでもない」と

10 ただし、同種の事案が、戦前の大審院判例では故意を欠くものとして過失致死罪あるいは業務上過失致死罪で処罰されていたことを指摘して、判決は重罰化であり、「憲法の趣旨に逆行するのではないか」という疑問さえ生ずる」との批判がある（原田・前掲注8、33頁）。これに対して、「科学の進歩を考慮すると問題の余地はほとんどない」との応答もある（小泉洋一〔判解〕憲法判例百選Ⅰ（第5版）85頁以下、86頁）。

11 久保田きぬ子〔判解〕昭和50年度重要判例解説（ジュリスト615号）12頁以下、13頁は、牧会活動が不成功に終わった場合の扱いが明らかでないと指摘している。

も述べている¹²。宗教活動に対する特別扱いではない、との認識を示すものであろう。それでは、犯人蔵匿罪の違法性を阻却される者が、親族（刑法105条）や宗教活動家の他に存在するのか（例えば学校の教員）、といった疑問も残る。

2. 信仰と学校：「宗教的中立性」問題の顕在化

牧会活動事件には高校生が関わっていたが、1980年代以降には信仰による主張と学校の教育課程との対立が裁判に現われる。

1) 日曜参観と欠席扱い：東京地裁・昭和61〔1986〕年3月20日判決（行裁集37巻3号 347頁）

日本基督教団の教会学校のために区立小学校の日曜日参観授業を受けられず、指導要録に欠席と記載された子供とその両親が、憲法20条違反などを主張して欠席記載の取消しと損害賠償を求める訴えを起こした。

地裁は、欠席記載の取消しについては却下、損害賠償については棄却した。

①欠席記載の性質：欠席記載は、進学、就職などに際して、児童らの法律上の地位を左右したり不利益を及ぼすものではなく、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらない。

②日曜参観の必要：サラリーマンは日曜日や祝日には勤務がないことが多いため、父親も授業参観に来ることができる可能性が大きいから、日曜授業参観は、平日参観では達せられない目的を達成するために、必要かつ適切な措置であった。

③信教の自由と公教育：「宗教教団がその宗教的活動として宗教教育の場を設け、集会…をもつことは憲法に保障された自由であり、公教育上も尊重されるべき」である。しかし「公教育をし、これを受けさせることもまた憲法が国家及び国民に対して要請するところ」である。

④出席免除の困難：宗教行為に参加する児童に授業への出席を免除することは、結果的に「宗教上の理由によって個々の児童の出席日数に差異を生じることが容認することになって、公教育の宗教的中立性を保つ上で好ましいことでは」なく、「公教育が集団的教育として挙げるはずの成果をも損なう」。特別の必要がある授業日の振り替えが宗教教団の集会と抵触したとしても、合理的根拠に基づくやむを得ない制約である。

⑤欠席扱いの適法性：日曜参観授業は適法かつ正規の授業であり、欠席した児童に補充授業をすべき法律上の根拠はない。日曜日授業の回数及び代替措置

12 判時768号6頁。

の可能性の程度から見ても、校長による裁量権の行使に逸脱はない。

判決は、年1回の日曜日授業参観によって失われる利益が小さいことや、「公教育の中立性」から特別扱いが困難であることを主な理由として請求を退けた。ただ、「中立性」が、さまざまな内容を含み得る、不明確な概念であることに留意すべきである。確かに、宗教によって扱いが異なる（例えば、特定の日には欠席扱いを免除する）ことは「中立性」に反するかも知れない¹³。しかし他方で、日曜授業参観の実施が一部児童の信仰に影響を与えることも、「中立性」の観点からは問題であろう¹⁴。

このように、1980年代までの判例は牧会活動判決を除き、免除を求める主張を退けて来た。これに対して憲法20条の解釈論には、早くから1) から3) の判例を検討した上で、信仰に基づく法規制の免除を説くものがあつた。

「信ずる神に対する義務として行なわれる（宗教）行為—その遵守は来世における神の審判という、彼の〈良心〉によって担保されている—が政治社会の俗的規律に抵触する場合においては、世俗の権力は当該行為が彼の同僚市民の基本的自由・人権を直接に侵害するものでない限り、…当該行為について俗的規律違反の罪責を問うことによって、彼をして神に忠実であることを実質的に困難たらしめるような結果になることを慎むべきである」¹⁵。

また、アメリカ憲法の学識を背景にした所説も見られた。

「法義務が実質的な公共的利益を実現するため必要不可欠なものとはいえないような場合とか、その義務の実質的目的が信仰の抑制にあると解されるような場合には、そのような義務を拒否することが正当化され、またはそのような義務を課すことそれ自体が違憲となる」¹⁶。

それでも1980年代にあつては、いわゆる政教分離原則の問題が学界の注目を集めたことに比べると、信教の自由に関する議論は低調であつたように思われる¹⁷。この状況を変え、学界での議論にも大きな影響を及ぼしたのが剣道受講

13 松井茂記〔判解〕法学教室71号112頁以下、113頁（1986年）は、「宗教を理由に学校欠席の自由を認めるような制度は、それ自体政教分離原則違反の重大な問題を提起しないであろうか」と疑問を呈する。

これに対して戸波江二〔判解〕判例評論333号16頁以下、19頁（判例時報774号）は、「個人の自主的な宗教活動の尊重という価値も十分に尊重されなければならない、従って、政教分離原則を錦の御旗にして信教の自由を切り捨てることは正当とはいえない」とする。

14 戸波・前掲注13、18頁は、①礼拝行為の重要性、②日曜授業参観が「あとから臨時に割り込んできた」こと、③それが教会学校への欠席を事実上強制するおそれ、を挙げて「信教の自由の側の被る不利益は極めて重大である」とする。

15 高柳信一・前掲注9、143-144頁。

16 佐藤幸治『憲法（初版）』59頁（青林書院新社・1981年）。

拒否訴訟である。

2) 剣道実技拒否と原級留置・退学処分：最高裁第2小法廷・平成8〔1996〕年3月8日判決（民集50巻3号469頁）

神戸市立工業高等専門学校生徒が、「エホヴァの証人」¹⁸の教義「国民は国民に向かって剣を上げず、彼らはもはや戦いを学ばない」（イザヤ書2章4節）に従って剣道実技に参加しなかったため、体育の成績が単位認定の基準に達せず、原級留置の処分を受けた。翌年も同様の事態が繰り返され、2年連続の原級留置を理由に退学の処分を受けた。そこで生徒は、信教の自由及び学習権の侵害を主張して処分の取消しを求める訴えを起こした。

1審判決（神戸地裁・平成5〔1993〕年2月22日、判タ813号134頁）は、生徒の訴えを退けた。日曜授業参観判決と同様、公教育と信仰との衝突に関わるものであるためか、その論理は酷似していた。

まず、免除を認めない理由を列挙する。①「宗教と関係のない健全なスポーツである」剣道を必修とすることは正当である。②免除が生徒間の異なる取り扱いを生み、公教育の宗教的中立性ないし、いわゆる政教分離の原則に反するおそれがある。③免除の請求が宗教を理由にしているのか審査することが、宗教的中立性に反するおそれがある。④代替措置は、人員や予算を確保する必要もあって困難である。

そして、免除を認めないことはやむを得ない制約である、と論決した。

しかし本件の規制（剣道必修）による不利益は、生徒の留年、退学という重大な不利益をもたらすものであり、控訴審の大阪高裁判決（平成6〔1994〕年12月22日、判時1524号8頁）は処分の取消しを認めた。これに対して高専側が上告した。

最高裁は上告を棄却し、処分の取消しを命じた。

①剣道実技の必要性：剣道実技の履修は「必須のものとは言い難く」、

17 久保田きぬ子「違憲論」法学教室29号43頁（1983年）は、「随想」欄ではあるが、日曜授業参観訴訟の提起について、「そもそも裁判所で争うに価する程の問題であろうか。さらにまた、信教の自由を持ち出して論ずべき程の事件であろうか。私はそうは考えない。常識的に考えて解決すべき問題であると思っている」と述べる。敗戦直後からのアメリカ憲法研究者による、いわば「アメリカ的濫訴」に対する違和感だが、従来の「常識」で片付かないときにはどうすべきか、との問題は残る。これに対して高柳信一「日曜日授業と宗教の自由」専修法学論集43号197頁以下（1986年）は、アメリカの判例を紹介しながら原告による請求の正当性を説いた。

18 「ものみの塔聖書冊子協会（The Watch Tower Bible and Tract Society）」は、教義の根拠を聖書のみ求め、三位一体説を否定するキリスト教の一派である。その信者は、真の神エホヴァの存在を証明する者であるとの意味でこのように自称する。さしあたり八木谷涼子『なんでもわかるキリスト教大事典』215-220頁（朝日文庫・2012年）を参照。

体育の教育目的は他の種目の履修などの「代替的方法」によって達成できる。

②信仰への影響：「剣道実技への参加を拒否する理由は、被上告人の信仰の核心部分と密接に関連する真しなものであった」。また、本件各処分は「信仰上の教義に反する行動を命じたものではなく、…信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、…〔生徒〕が…重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられるという性質を有するものであったことは明白である」。

③代替措置の可能性：「他の学生に不公平感を生じさせないような適切な方法、態様による代替措置を採ることは可能である」。また、代替措置によって学校の教育秩序を維持できないとか、学校全体の運営に看過することができない重大な支障を生ずるおそれがあったとは認められない。

④政教分離原則との関係：「代替措置として、例えば、他の体育実技の履修、レポートの提出等を求めた上で、その成果に応じた評価をすることが、その目的において宗教的意義を有し、特定の宗教を援助、助長、促進する効果を有するものということとはできず、他の宗教者又は無宗教者に圧迫、干渉を加える効果があるともいえない」ので、憲法20条3項には違反しない。

⑤公教育の宗教的中立性：「公立学校において、学生の信仰を調査せん索し、宗教を序列化して別段の取扱いをすることは許されない」が、学生が信仰を理由に剣道実技の履修を拒否する場合に、「学校が、その理由の当否を判断するため、単なる怠学のための口実であるか、当事者の説明する宗教上の信条と履修拒否との合理的関連性が認められるかどうかを確認する程度の調査をすることが公教育の宗教的中立性に反するとはいえない」。

⑥処分の違法性：「信仰上の理由による剣道実技の履修拒否を、正当な理由のない履修拒否と区別することなく、…代替措置について何ら検討することもなく」行なわれた原級留置処分や退学処分は、「考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたもの」であり、「裁量権の範囲を超える違法なもの」である。

3. 宗教信仰と世俗思想

法規制の免除を何らかの要件の下で認めるとすれば、信教の自由が精神活動の自由全体の中で占める位置に関連して、免除は、宗教信仰を理由とした請求にのみ認められるのか、との問題が生じる。

一般に憲法19条の解釈論は、原則として、宗教信仰以外の思想・良心を理由とした免除を認めていない。

「内心領域を離れた一定の外部的行為そのものは、何らかの思想、良心を機縁とし、もしくはその結果としてなされる場合でも、憲法19条の保障には属さない」¹⁹。

法は「一定の事象に対する特定の価値判断の表明としての意味を有するものであり、しかも国民に対しその遵守を強制し得る力を持つものである。…特定の『思想』の強制という側面を持つことは否定できない」から、「19条の保障が『思想』を理由とする法の不服従を認めていると解すべきものとするならば、およそ一切の法が19条を根拠に否定される」。「憲法がこのようなことを予定していると考えるのはナンセンスである」²⁰。

ただ、例外的に「もし、人間の本質にかかわる思想や良心の核心ともいえる部分が法に従うことによって否定されるような場合には、法の不服従も、思想・良心の自由を根拠にして容認され、それに法的制裁を加えることを阻止できる」²¹として、いわゆる「良心的兵役拒否」を例に挙げるのみである。

従って、人間の精神活動や社会における宗教の特殊性を理由に、信仰を理由とする請求について規制の免除を認めるとすれば、信教の自由には、その他の精神活動の自由には含まれない、独自の保障領域が残ることになる²²。

さまざまな宗教が盛んに活動し、宗教に対する国民の帰依も深く、宗教が国民の生活に対して強い影響力を持っていると言われるアメリカ²³では、信仰と法規制との対立が、しばしば裁判所において、宗教活動の自由に関連して争われてきた。日本での論議もアメリカの影響を強く受けている²⁴。以下では合衆国（連邦）最高裁判所の判例を中心にアメリカ法の議論を検討する。

第2節 アメリカにおける判例の変遷

アメリカ合衆国憲法修正1条（1791年）は、「連邦議会は、国教を樹立し、

19 芦部信喜編『憲法Ⅱ人権(1)』282頁〔種谷春洋〕（有斐閣・1978年）。

20 浦部法穂『事例式演習教室 憲法（第2版）』59頁（勁草書房・1998年）。

21 伊藤正己『憲法（第3版）』262-63頁（弘文堂・1995年）。

22 日比野勤「憲法における宗教の概念」公法研究52号112頁以下（1990年）は、宗教の定義をめぐるアメリカの議論を紹介しながら、この問題を示唆する。また、榎原猛編『基礎憲法』105頁〔君塚正臣〕（法律文化社・1992年）は、信仰を理由とする請求だけに免除を認めると、政教分離原則違反の問題を生じないかとの疑問を呈していた。

23 井門富二夫編『アメリカの宗教』（弘文堂・1992年）、大村英昭・西山茂編『現代人の宗教』（有斐閣・1988年）、森孝一『宗教からよむ「アメリカ」』（講談社・1996年）、ハロラン芙美子『アメリカ精神の源』（中公新書・1998年）、蓮見博昭『宗教に揺れるアメリカ』（日本評論社・2002年）を参照。

24 野坂泰司「公教育の宗教的中立性と信教の自由」立教法学37号1頁以下（1992年）、戸波江二「信教の自由と剣道受講義務」筑波法政16号1頁以下（1993年）は、剣道受講拒否事件を契機にアメリカの判例を紹介し、免除の正当性を説く。

もしくは自由な宗教活動を禁止する法律…を制定してはならない」²⁵と定める。アメリカでも、信仰に基づく法規制の免除は、「宗教活動の自由」の保障範囲に関連して論じられる。本節では、連邦最高裁の判例を概観する²⁶。

1. 規制免除の否定：1950年代まで

アメリカの判例も、1950年代までは宗教を理由に法規制の免除を認めることには消極的であった。

ただし規制の免除をめぐる議論は、イギリスの植民地であった17世紀からあったと言われる。地域によっては、クウェーカー教徒（Quakers）には宣誓の免除を、当時各地に存在していた公認教会（established church）の反対者には教会税の免除を認めていた。絶対平和主義（pacifist faith）の信奉者には、税の加重や代替役務を条件に兵役を免除してもいた²⁷。

独立後、規制の免除をめぐる州の判例は消極、積極に分かれて一様ではなかった²⁸。他方で合衆国憲法の制定から1世紀近くの間、この問題に関する連邦最高裁の判例は現われなかった。修正1条の主語は「連邦議会」であり、同条に定める権利の保障は、州や地方自治体には及ばないものと解されていたからである。

25 U.S. CONST. Amend. I “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; ….”

26 判例の流れを紹介したものとして、小林節「アメリカ憲法における信教の自由」法学研究（慶應大学）62巻3号1頁以下（1989年）、藤田尚則「アメリカ合衆国における『宗教の自由な活動』条項をめぐる司法審査基準の展開」法学新報（中央大学）96巻11・12号221頁以下（1990年）、瀧澤信彦『信教の自由—アメリカにおける宗教的自由の法理の形成』（信山社・2000年）がある。また、マーサ・ヌスバウム（河野哲也監訳）『良心の自由』（慶應義塾大学出版会・2011年）の特に4-5章には、裁判の背景を含む詳細な説明がある。

27 植民地時代から憲法制定当時の歴史の詳細には次のものがある。Michael W. McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 HARV. L. REV. 1409 (1990); Douglas Laycock, *Regulatory Exemptions of Religious Behavior and the Original Understanding of the Establishment Clause*, 81 NOTRE DAME L. REV. 1793 (2006). ただし前者については、都合の良い証拠に重きを置き、不都合な証拠は言い逃れる“law office history”だとする辛辣な論評もある。Mark Tushnet, *The Rhetoric of Free Exercise Discourse*, 1993 B.Y.U. L. REV. 117, 124.

28 19世紀の初頭には、犯罪者の告解を受けた聖職者に、刑事裁判での証言拒否を認めるべきか否かが問題になった。1813年の *People v. Phillips* (N.Y. Ct. Gen. Sess.) は、カトリックの聖職者に証言の拒否を認めている。ニュー・ヨーク州は同種の事件を契機として1828年に聖職者の証言拒否を認める法律を制定し、多くの州に広がった。フィリップス判決などの抜粋は *Privileged Communications to Clergyman*, 1 CATH. LAW. 199 (1955) を参照。

1) モルモン教と重婚罪：Reynolds v. United States (1878年)

重婚を禁じる連邦法に違反して起訴され、有罪判決を受けたモルモン教²⁹ 信者の男性が、事情の許す限り複数の妻を持つ義務があるとする（当時の）教義に従って行動したことを理由に無罪を主張した。

ウェイト長官の法廷意見は、重婚罪の適用免除を否定した。

①連邦議会の権限：「連邦議会は単なる（宗教上の）意見に関する立法権限を持たないが、社会の義務に反し、または善良な秩序を破壊する行為には自由に介入できる」³⁰。

②重婚規制の必要：モルモン教会の設立時には、欧米諸国では重婚は犯罪とされていた。憲法が宗教の自由を保障したことで、婚姻に関する立法を禁じたとは考えられない³¹。

③信仰と規制：信仰を理由に免責を認めれば、「宗教信念に関する教義が国法に優越し、各人が自分自身の法になるのを認めることになる」。故意をもって犯罪がなされたときに、犯罪者の宗教上の信念を理由に処罰しないことは危険である³²。

レイノルズ判決は「信念・行為の二分法」を確立したとされる。内心の信仰は絶対的に保障されるが、行為については規制できるのである³³。また、モルモン教に関する諸判決は、反倫理・反社会的な宗教活動の規制をも認めている³⁴。

29 正式名称は「末日聖徒イエス・キリスト教会 (the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints)」である。通称は聖典『モルモン経 (Book of Mormon)』に由来する。一夫多妻は、旧約聖書に記された慣行を回復したものとされたが、この教義のために信者は各地で迫害を受けて西部に逃れた。信者の共同体が多く生じたのは、当時は準州で連邦政府の管轄権が及ぶ現在のユタ州の領域であったため、連邦憲法の適用対象になったのである。森・前掲注23、106-115頁。

30 98 U.S. 145, 164 (1878).

31 *Id.* at 165-66.

32 *Id.* at 166-67.

33 後の判決も、信仰の自由は絶対だが、「行為は社会を保護するための規制に服する」としている。Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296, 303-04 (1940).

34 最高裁はレイノルズ判決の後、Murphy v. Ramsey, 114 U.S. 15 (1885) で一夫多妻者の公民権剥奪を定める連邦法を、Late Corporation of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. United States, 136 U.S. 1 (1890) でモルモン教会の財産没収を意図する連邦法を合憲と判断した。公民権の剥奪を定めるアイダホ準州法を合憲とした Davis v. Beason, 133 U.S. 333, 342 (1890) は、社会の安全と繁栄や、人々の倫理を守るための法律に反する場合の介入は許されるとしている。

結局教団は、1890年に一夫多妻を認める教義を放棄せざるを得なくなった。この意味でモルモン教に関する一連の判決は、「行為」の規制にとどまらず、「信念」の抑圧に及ぶ意味を持ったのである。森孝一「アメリカに国教は存在するのか—『アメリカの見えざる国教』とモルモン教」井門編・前掲注23、203-209頁も参照。

2) エホヴァの証人による布教活動：表現の自由としての信教の自由
 ルプ (I.C. Lupu) とタトル (R.W. Tuttle) は、宗教の自由の核心にあるものとして、以下の要素を挙げている³⁵。

- ①選択した宗教を礼拝する権利
- ②宗教上の瞑想や礼拝の題材を含んだ文書を用意して流布する権利
- ③礼拝のために他者と集まる権利
- ④自らの宗教信条に他者を勧誘する権利
- ⑤自らの信念に反する方法による礼拝を強制されない権利
- ⑥子の親や監護者が、監護している子の宗教教育を指示及び監督する権利
- ⑦宗教教派及び教団が、法の下で他の教派と平等の扱いを受ける権利

実際には、これらの多くは宗教活動の自由ではなく、世俗の権利を保障する判例を通じて定着していった。すなわち、言論・出版・集会の自由、親の権利、人気のない社会集団に対する平等な扱い、である。

判例の展開に大きな影響を及ぼしたのは、1930～50年代の、エホヴァの証人 (Jehovah's Witnesses) による布教活動に関する諸判決であった。エホヴァの証人は街頭宣伝や、戸別訪問による布教活動を積極的に行ない、その際に、許可制を始めとする法規制に従うことは、神から与えられた使命に反すると信じたのである。

これらの事件では宗教活動が問題となったが、規制そのものは表現行為一般を対象にしていた。そのために事件は、宗教活動の自由と言うよりも、むしろ表現（言論・出版）の自由に関する問題として扱われたのである。そして、宗教活動に対して規制の免除を認めるのではなく、法規制全体を違憲・無効とする判決³⁶ がなされた。こうして、布教活動を中心に宗教活動の自由の保障が強められた。しかし、宗教の自由のみが主張され、表現の自由が問題とされなかった場合には、どのような解決がなされたのであろうか。

なお、1996年に性的指向を理由とした差別を禁じる立法措置を禁じた州憲法の修正を違憲と判断した *Romer v. Evans* は、デイヴィス判決が特定の宗教慣行を主張する者に選挙権を否定できると判断した部分について、「もはや有効な法 (good law) ではない」と述べている (517 U.S. 620, 633)。

35 Ira C. Lupu & Robert W. Tuttle, *The Forms and Limits of Religious Accommodation: The Case of RLUIPA*, 32 CARDOZO L. REV. 1907, 1909 (2011).

36 *Lovell v. Griffin*, 303 U.S. 444 (1938) (文書配布の許可制); *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939) (街路での文書配布禁止); *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940) (寄付勧誘などの許可制); *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943) (文書販売などの免許税); *Martin v. Struthers*, 319 U.S. 141 (1943) (戸別訪問による文書頒布の禁止) など。

3) エホヴァの証人と国旗敬礼：Minersville School District v. Gobitis (1940年)

偶像崇拜を禁じるエホヴァの証人の教義に従い、公立学校での国旗に対する敬礼を拒んで退学処分を受けた子供とその家族が、国旗敬礼の強制を禁じるように求めた。

フランクファーター判事の法廷意見は、訴えを認めた地裁、控訴裁判決を破棄した。

①規制免除の否定：歴史上、個人が、良心の呵責を理由に、宗教信念の促進または抑制を意図しない、一般の法律に対する服従を免れることはなかった。「政治社会の関心事に抗する宗教的確信を持っているだけで、市民が政治的義務の履行を免れることはない」³⁷。

②国旗敬礼の必要：国民の団結は、国家の安全の基礎にある。自由社会の究極の基礎は、団結感という紐帯である。国旗は国民の団結を象徴しており、国内のすべての相違を超越している³⁸。

③司法の自制：生徒の愛国心を高めるための手段が愚行であると考えたとしても、そのような信念は手段を違憲とする証拠にはならない。「法廷は教育政策に関わる問題を論ずる場ではない」。裁判所が、国旗掲揚などの儀式を認めながら、反対者には例外として免除を与えることは、例外が他の生徒に疑いを生じさせ、儀式の効果を弱めるという立法者の判断に理由がないと主張することになる。しかし、自由の保護が委ねられている点で、立法府は裁判所に劣るものではない³⁹。

信仰を理由にした免除を認めず、司法消極主義の立場から、愛国心を高める手段として国旗敬礼を選んだ教育委員会の判断を尊重したのである。しかし判決は、アメリカ各地でエホヴァの証人に対する迫害を呼び起こした⁴⁰ 挙句、3年後に覆された。

4) West Virginia State Board of Education v. Barnette (1943年)

ゴビティス判決を受けて、ウエスト・ヴァージニア州の教育委員会は国旗敬

37 310 U.S. 586, 594-95 (1940). なお、原告・被上告人名の Gobitis は Gobitas の誤りである。
See Vincent Blasi & Seana V. Shiffrin, *The Story of West Virginia State Board of Education v. Barnette: The Pledge of Allegiance and the Freedom of Thought*, in RICHARD W. GARNETT & ANDREW KOPPELMAN (ed), *FIRST AMENDMENT STORIES* 99, 102 n.15 (2012).

38 *Id.* at 595-96.

39 *Id.* at 598-601.

40 アメリカ自由人権協会 (ACLU) の報告によると、1940年にはエホヴァの証人に対する襲撃事件が44州で335件 (被害者1500人近く) あったという (Blasi & Shiffrin, *supra* note 37, at 109-11)。

礼を正課とし、州法で、敬礼を拒否した生徒には退学処分、その親または監護者には罰金などの刑罰を定めた。これに対してエホヴァの証人の信者は、信者に対する州法の執行停止を求めた。

ジャクソン判事の法廷意見は、訴えを認めた地裁判決を支持して州法を違憲と判断した。

①表現の強制：本件の問題は、生徒が信念を表明することに対する強制である。誓約と結びついた国旗敬礼が、発言の一種であることは明らかである。州は、国旗を政府に対する忠誠の象徴として採用し、そのような政治思想の支持を、個人に対して言葉と身振りで表明するように要求している⁴¹。

②信仰と免除：宗教上の見解を共にしていない多くの市民が、強制的な儀式は、憲法上の個人の自由を侵害すると考えている。「裁判所は、国旗敬礼を法的義務とする権限を認めない限り、不服従者の信念を理由とする免除の問題を審査する必要はない」⁴²。

③国旗敬礼強制の違憲性：一握りの子供たちを学校から排除することによって、政府を維持する力を強く擁護できるのかは疑わしい。「憲法という星座に恒星があるとすれば、それは、いかなる公務員も、政治・愛国心・宗教その他の事柄について、何が正統なのかを定めることができず、あるいは市民に対して、それらの問題に関する信念を言葉または身振りによって告白するように強制できないということである」。国旗敬礼と誓約を強制する地方当局の方針は、修正1条が保護する知的及び精神的領域を侵害している⁴³。

この判決は、ゴビティス判決による論点設定に引きずられたためか、アメリカにおいてさえ、信仰を理由とした免除の文脈で捉えられる傾向が強かったようである⁴⁴。しかし実際には、問題を宗教に限定するのではなく、広く表現の自由の観点から、信念表明の強制という要素を重視して、国旗敬礼を拒否する生徒や親に対する法的制裁を違憲としたものであり、この視角は、後にも検討

41 319 U.S. 624, 631-34 (1943). この判決も Barnett を Barnette と誤っている (Blasi & Shiffrin, *supra* note 37)。

42 *Id.* at 634-35.

43 *Id.* at 636, 639-42.

44 蟻川恒正『憲法的思惟』18-30頁 (創文社・1994年)。同書はバーネット判決に焦点を当て、ジャクソン判事を始めとする知識人の言説を綿密に分析しながら、国家権力と自由の関係に及ぶ考察を展開している。エホヴァの証人の布教活動には批判的ですが、国家による表現の強制を否定する広い視野から問題を扱った同判事の思索をたどりつつ、現実には国旗敬礼を拒否したのは「エホヴァの証人以外には存在していない」とするプフェファー (L. Pfeffer) の回顧 (1963年当時) をも紹介している (同書293頁)。

なお、「アメリカ合衆国で、学校生徒に国旗敬礼を強制する州の行為は、宗教的信念が敬礼を許さないという生徒に適用された限りにおいて違憲とした判例がある」との紹介 (佐藤幸治・前掲注1、227頁) も、本文に記した誤解の一例である。

するように重要である。

エホヴァの証人の布教活動が問題となった時期は、ちょうど大恐慌（1929年）後の、いわゆる修正資本主義への本格的な移行期でもあった。労働者を始めとした社会・経済的弱者を保護する立法と、宗教活動の自由との抵触が最高裁で争われるようになった。

5）布教活動と年少者の保護：Prince v. Massachusetts（1944年）

街頭や公の場所で年少者が文書や商品などを配布、販売することを禁じたマサチューセッツ州法を知りながら、自らが監護している9歳の少女（信者）と共に街頭でエホヴァの証人に関する文書を売った信者が起訴され、宗教の自由と親の権利を主張して争った。

ラトリッジ判事の法廷意見は、上告を棄却して有罪判決を支持した。

①監護権の限界：州は、若者の幸福に関する一般的利益を守るために、親の子に対する監督を制限できる。この権限は、親が、宗教または良心に基づいた監督であると主張しただけで無効になるものではない⁴⁵。

②年少者の保護：民主社会は、若者が成熟した市民に成長するように、有害な束縛や危険から守ることができる。立法は、年少者労働の有害な効果や、街頭で生じるさまざまな影響を受ける活動による害悪に介入できる⁴⁶。

③免除の否定：監護者が子供と一緒にいても、宗教・政治の問題に関する宣伝活動によって、子供が「身体や心理に傷害を負う可能性」がある。親自身が殉教者になるのは自由だが、子供を殉教者にできるわけではない⁴⁷。

6）ユダヤ教と日曜休業法：Braunfeld v. Brown（1961年）

正統ユダヤ教の教義によって安息日の土曜日に休んでいた商店主が、日曜日の商品販売を禁じたペンシルヴァニア州法によって商店の経営が困難になるため、法の違憲性を主張して施行の差し止めを求めた。

ウォーレン長官の相対多数意見は、訴えを退けた地裁判決を支持した。

①規制の効果：問題の州法は、上告人のいかなる宗教慣行も違法としていない。日曜休業法は、単に世俗の活動を規制するものであり、上告人の宗教信念に基づく慣行を、より費用のかかるものにするにとどまる⁴⁸。

45 321 U.S. 158, 165-66 (1944).

46 *Id.* at 168-69.

47 *Id.* at 169-70.

48 366 U.S. 599, 605 (1961).

②違憲判決の困難：宗教活動に間接の負担を課するに過ぎない法律を違憲とするのは、立法府の活動の自由を極端に制限することになる。我が国は300に及ぶ教派から構成されており、どの教派にも何らかの経済的不利益が生じない規制をするようには要求できない⁴⁹。

③審査基準：宗教儀式を妨げ、あるいは宗教間で差別をする目的または効果をもつ法律は、たとえ負担が間接的であっても無効である。しかし、世俗目的を増進する目的や効果を持つ一般法による行為の規制は、負担を課さない方法で目的を達成できないときには有効である⁵⁰。

④免除の否定：州は労働者の休息などのために、同時の休息期間を設けることができる。これに例外を認めることは、商業活動による喧噪などを除くという目的を害する。また、「日曜日に開店したい経営者が、もっとも利益の少ない日を休業とするために宗教的確信を主張する誘惑も生じ得る。そこで、個人の宗教信念の真摯さを審査することが必要になるが、それは宗教を保護する憲法の精神と衝突する」⁵¹。

最初期1)のレイノルズ判決は、精神活動全般に関する判例が少ない時期であり、しかもモルモン教に対する敵意⁵²を背景にしたものであった。しかし判決に「出版、言論、宗教の自由は優越する地位 (preferred position) にある」との修辭⁵³が現われ、精神活動の自由が重視されるようになった1940年代以降も、3)のゴビティス判決、そして5)のプリンス判決や6)のブラウンフェルド判決に見られるように、最高裁は、信仰を理由とする法規制の免除を認めなかった。

一般に宗教活動と見られる布教活動などは、表現の自由によって、非宗教の表現活動と同等に保障された（年少者の布教活動については、5)のような例外もあるが）。このように宗教活動の自由が、表現の自由にいわば「寄生」する形で保障されるという状況は、後に「宗教活動の自由は、分離すれども平等という存在ではなく、分離かつ不平等でさえなく、事実上全く存在しなかった」とまで評された⁵⁴。

49 *Id.* at 606.

50 *Id.* at 607.

51 *Id.* at 609.

52 *Davis*, 133 U.S. 333, 341-42は「重婚は婚姻関係の純粋性を破壊し、家族の平穩を阻害し、女性や男性の品位を貶める。…重婚の唱道を宗教の教義と呼ぶのは人類の常識に反する」と述べる。

53 *Murdock*, 319 U.S. at 115.

54 Leo Pfeffer, *The Supremacy of Free Exercise*, 61 GEO. L. J. 1115, 1130 (1973).

しかし6)のブラウンフェルド判決は、判例の新たな方向を示唆していた。信仰に基づく行為に規制が及ぶという点では従来の判例と同様だが、宗教慣行に間接の負担を課すに過ぎない「世俗目的を増進する一般法」であっても、「負担を課さない方法で目的を達成できる」とときには違憲とされる可能性を認めた⁵⁵からである。そして、判決から2年後に最高裁は、信仰と世俗的法規制との関係については「厳格な審査」を行なう方針に転換した。

2. 「厳格な審査」：1960～80年代前半

最高裁はブラウンフェルド判決の2年後に、信仰を理由とした法規制の免除について積極的な姿勢を示す判決を下した。法廷意見を書いたのは、ブラウンフェルド判決で、正統ユダヤ教の商店主に対する日曜休業法の適用は宗教活動の自由を侵害するとの一部反対意見⁵⁶を述べたブレナン判事である。

(1) 基準の成立

1) 土曜就労拒否と失業補償：Sherbert v. Verner (1963年)

安息日の土曜日に働くことを拒んで失業し、サウス・カロライナ州の失業補償法に言う「正当な理由 (good cause) なく、提供された仕事を拒んだ者」として失業補償の給付を拒否された安息日再臨派 (Seventh-Day Adventist) の信者の訴えについて、宗教の自由を制約していないとして給付の拒否を支持した州最高裁の判決を破棄・差し戻した。

①審査基準：判例が規制を認めてきた宗教信念に基づく行為または行動は、公共の安全、平穏または秩序に何らかの重大な脅威を及ぼすものであった。これに対して土曜日の就労拒否は、州法による規制の範囲外にある。従って失業補償の給付拒否のような、自由な宗教活動に対する付随的負担であっても、「州が、憲法で規制権限を持つ問題について有する、極めて重要な公の利益 (compelling state interest)」による正当化が必要である⁵⁷。

②宗教活動に対する影響：給付の拒否は、刑罰による強制ではない。しかし、本件信者に対して「宗教教義に従って給付を失うか、あるいは仕事を得るために教義を放棄するか、という選択を強いている。政府がこのような選択を課すことは、土曜日の礼拝を理由に罰金を科すのと同様に、自由な宗教活動に対する負担 (burden) となる」⁵⁸。

55 *Braunfeld*, 366 U.S. at 607.

56 *Id.* at 610-16.

57 374 U.S. 398, 403 (1963).

58 *Id.* at 404.

③免除による弊害の有無：州は、「宗教上の理由を装った詐欺請求によって、失業補償の基金が弱体化する可能性がある」と主張する。しかし、そのような可能性があるとしても、州には「修正1条の権利を侵害せずに詐欺申請の濫用に対抗するための、他の規制形式がないことを示す義務がある」⁵⁹。

失業補償の給付を拒否しても、宗教活動に対する強制とは言い難い。シャーバートは、安息日の勤務拒否を理由に、既に解雇されているからである。しかし判決は、間接の不利益に過ぎないはずの給付の拒否を、刑罰と同視した。問題となった失業補償法は、(不況などではない) 私的な理由による解雇には失業補償を給付しないとの趣旨であったから、判決は、信仰を理由とする請求に対しては給付するという形で、規制の免除を認めたと言える。

同年の *In re Jenison* 決定も、「人を裁くな」(マタイ書7章1節) とする教えを理由に陪審員就任義務を拒んだ女性に対する法廷侮辱罪による有罪判決(拒否を撤回しない限り最長で拘留30日)⁶⁰ を「シャーバート判決に照らして」破棄・差し戻している⁶¹。

2) アーミッシュと義務教育：Wisconsin v. Yoder (1972年)

第8学年を修了した2人の子供(14及び15歳)を学校に通わせなかったアマン派(Ammann)の信者が、16歳までを義務教育とするウィスコンシン州の学校出席義務法違反により罰金刑を受けた。プロテスタントのメノナイト系に属するアマン派は、古代キリスト教徒の生活への回帰を志向する。近代社会から孤立した共同体で農耕を中心とする簡素な生活を送ることを特徴としており、その信者は「アーミッシュ(Amish)」と呼ばれる⁶²。被告人も、子供に高等教育を受けさせることは信仰と生活様式に反し、自分と子供の救いを危うくすると信じていた。

バーガー長官の法廷意見は、有罪判決を破棄した州最高裁判決を支持した。

①公教育の必要：州が一般教育について高度の利益を持つとしても、宗教活動の自由や、子供の養育や宗教教育に関する親の利益も重要であるから、第8学年以上の教育を強制するためには「最高度(highest order)かつ他の方法では実現されない利益」の存在が必要である⁶³。

②宗教活動に対する影響：生徒の家から離れた学校で行なわれ、信者の日常

59 *Id.* at 407.

60 *In Re Jenison Contempt Proceedings*, 120 N.W. 2d 515 (Minn. 1963).

61 375 U.S. 14 (1963).

62 アマン派と近代文明の衝突に関わる裁判については、大河原眞実『法廷の中のアーミッシュ』(明石書店・2014年)を参照。

63 406 U.S. 205, 214-15 (1972).

生活とは相容れない現代の中等義務教育は、アマン派が命じる生活様式と厳しく対立する。「州法は刑事制裁の脅威をもって、信者に対して、宗教信念に関する基本教義に明らかに反する行動をとるよう積極的に強制している」⁶⁴。

③末期義務教育は必要か：長年にわたりアマン派の共同体で行なわれてきた職業教育に代えて公教育をさらに1～2年続けたとしても、自立した個人となるためにはさほど有用ではない。子供が仮に共同体から離れた場合、一般社会で生活することに支障が生じかねないとの主張も、具体的な証拠を欠いている⁶⁵。

この判決は、アマン派の特殊性に依拠して義務教育の一部免除を認めた点で、宗教活動の自由を一層保護する姿勢を明らかにしている。

これらの判決によって、法規制と、信仰に基づく行為とが対立した場合には、いわゆる「厳格な審査 (strict scrutiny) 基準」が適用されることになった。すなわち、請求者側が「法規制が宗教活動に負担を課している」との主張を立証したときには、政府側が、①規制が「極めて重要な公の利益 (または最高度の利益)」を達成するために必要で、②「その他の規制方法では目的が達成されないこと」を立証できなければ、法規制の適用を免除するのである。以後最高裁は、1980年代まで基本的にはこの基準を用いた。

(2) 基準の運用

1980年代前半の最高裁は、シャーバート、ヨーダー判決で確立した審査基準を用いて、失業補償の給付拒否が問題になった事件では信仰に基づく請求を認めた。

1) 失業補償関係

Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division (1981年) は、自ら解釈したエホヴァの証人の教義に従って、戦車砲塔を生産する工場での勤務を拒んで辞職し、個人的理由で辞めたとして失業補償の給付を拒否された者の訴えについて、拒否を支持した州最高裁の判決を破棄した。

バーガー長官の法廷意見は、「州が重要な給付金について、宗教の教義が禁じている行為を条件にしたり、宗教上の信念が命ずる行為を理由に給付を拒否する場合には、信者に態度を改めさせ、信念に背かせるような重大な圧力、つまり宗教に対する負担が存在する」⁶⁶ として、直接の強制がなくても宗教活動の自由の侵害を認めた。

64 *Id.* at 217-18.

65 *Id.* at 221-22.

66 450 U.S. 707, 717-18 (1981).

また、給付を認めても、宗教を理由にする大量失業や辞職が起こるとの証拠はなく、州の利益は極めて重要なものとは言えないから、給付の拒否は正当化できないとした⁶⁷。

Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida (1987年)⁶⁸ では、金曜日夜と土曜日の勤務を拒んで解雇され、「職務に関する非行」に当たるとして給付を拒否された安息日再臨派の信者、*Frazee v. Illinois Department of Employment Security* (1989年)⁶⁹ では、日曜日はキリスト教の「主の日」であるとして勤務を拒み、個人の信念で仕事を拒んだとして給付を拒否された者の訴えについて、給付の拒否を認めた原判決をシャーマン判決に従って破棄した。

しかし失業補償の給付以外では、厳格な審査を用いたにもかかわらず、信仰に基づく規制免除の請求を認めたことはなかった。

2) 社会保険料の納付拒否：United States v. Lee (1982年)

アマン派の信者を雇って農園と商店を経営していた信者が、老人や貧困者を共同体の内部で助けないことは罪であるとの教義に基づいて社会保障制度に反対し、社会保険料の納付を拒んだ。内国歳入庁の調査後に保険料の一部を納めたものの、還付を求める訴えを起こした。連邦地裁は、宗教教義を理由にした保険料納付義務の免除を認める法規定⁷⁰ の存在を指摘して、免除を認めないのは違憲と判断した。

バーガー長官の法廷意見は、地裁判決を破棄・差し戻した。保険料の納付免除規定について、自営業者には適用されるが、使用者や労働者には適用がないと解した⁷¹ 上で、憲法問題については次のように論じた。

①宗教活動の自由：「社会保険料の納付と給付の受け取りは信者の宗教信念を侵害するから、社会保険制度への強制加入は、信者の自由な宗教活動の権利を妨げる」⁷²。

②保険料納付義務の必要：任意加入による包括的な社会保険制度の実施は不可能でないにせよ困難であるから、「社会保険制度への強制かつ継続的な加入と保険料納付を確保する政府利益は、非常に高度である」⁷³。

67 *Id.* at 719.

68 480 U.S. 136 (1987).

69 489 U.S. 829 (1989).

70 26 U.S.C. § 1402(g) (1). 1965年の改正により、教団の信者であることや宗教教義を理由に民間及び公的保険（死亡、障害、高齢時の保険金支払いや医療費を負担するもの）の受け取りを拒む個人には社会保険料の免除を認めている。

71 455 U.S. 252, 256 (1982).

72 *Id.* at 257.

③免除の困難：社会保険料納付義務は、基本的には納税義務と異ならないが、「宗教信念に反する歳出を理由に、諸教派が税制に異議を申し立てることを認めれば、税制は機能しなくなる」⁷⁴。

宗教活動の阻害を認めながら、規制の重要性を優先させた合憲判断である。

3) 異人種間交際を禁じる学則と非課税団体資格：Bob Jones University v. United States (1983年)

キリスト教原理主義 (Fundamentalism) に基づいて、全課程を聖書に従って行なう大学が、異人種間で婚姻や男女交際をした学生は聖書の教えに反するとして退学させる旨を学則で定めていた。これに対して内国歳入庁は、人種差別解消政策に基づく法解釈によって非課税団体資格を撤回した。大学は税額の一部を納めた上で還付を求める訴えを起こした。地裁は請求を認めたが、控訴裁は地裁判決を破棄した。

バーガー長官の法廷意見は、控訴審判決を支持した。

①宗教活動の自由：国は、最優先の政府利益の達成に不可欠であることを示すことで、宗教の自由に対する制限を正当化できる。租税利益を拒否することは、私立宗教学校の経営に重大な影響を及ぼすであろうが、学校が宗教の教義を守ることを妨げるわけではない⁷⁵。

②差別解消の必要：「政府は、教育における人種差別を一掃することに基本的かつ最優先の利益を持つ。…その利益は、税制上の利益の拒否が、宗教信念に関する活動に及ぼすいかなる負担をも十分に上回る。…政府利益を達成するための『より規制的でない手段』は存在しない」⁷⁶。

規制の結果、コストが上がるだけとの認定は、シャーバート判決以前のブラウンフェルド判決を連想させる。

4) 公正労働基準法の適用：Tony and Susan Alamo Foundation v. Secretary of Labor (1985年)

福音教会 (Evangelistic Church) 系の宗教法人は、収入の多くを寄付ではなく、給油店、洋服や雑貨の小売店、養豚業、電気工事やモーテルなど多種多様な商業活動から得ていた。従業員の多くは教会の活動により更生した薬物乱用者や浮浪者であり、法人の会員として、賃金を現金の代わりに衣食住などの便益で受けていた。これに対して労働長官が公正労働基準法 (最低賃金、時間外

73 *Id.* at 258-59.

74 *Id.* at 260. 結局1994年の法改正により、使用者も労働者も共に宗教上の理由から保険の給付を拒む場合には、保険料納付義務の免除が認められた (26 U.S.C. § 3127(a)).

75 461 U.S. 574, 603-04 (1983).

76 *Id.* at 604.

労働、記録保管義務規定）違反として訴えた。従業員は、自分たちは宗教上の動機から働く奉仕者であると抗議し、法人は、同法の適用は宗教活動の自由や国教禁止条項に反すると主張した。

ホワイト判事の法廷意見（全員一致）は、訴えを退けた地裁、控訴裁の判決を支持した。

①信者に影響はない：従業員は既に便益の形で賃金を受けており、公正労働基準法の適用によって、より多くの便益を受け取ることになっても、その分を任意に返すことは妨げられないから「状況はほとんど変わらない」。法の適用は、会員が宗教信念を自由に実践する権利を侵害しない⁷⁷。

②国教禁止に反しない：記録保管義務は、一般の事業目的を持った商業活動のみに適用され、政府と宗教との過度の関わり合いに当たらない⁷⁸。

2) のリー判決と 3) のボブ・ジョーンズ大学判決は、政府側に高度の規制利益があると認めて免除の請求を退けた。そして 4) のトニー&スーザン・アラモ判決は、宗教活動の自由の侵害そのものを否定した。これら1980年代前半の判決は、一貫して厳格な審査の基準を用いており、結論についても判事の間にはさほどの対立はなかった。

しかしその後、最高裁は動揺を始める。Jensen v. Quaring 事件（1985年）では、運転免許証に写真の貼付を求める州法が争われた。控訴裁は写真のない運転免許証の交付を認めた⁷⁹ が、上告を受けた最高裁の判事は 4 対 4 に分かれ、実体問題について判断できなかった（原判決維持）⁸⁰。

3. 「厳格な審査」の動揺：1980年代後半

1) 社会保障番号の使用：Bowen v. Roy（1986年）

近代技術は人間の魂を奪うとの宗教信念から、娘に社会保障番号を使用することを拒んだアメリカ先住民⁸¹ に対して、州の公共福祉局が、扶養家族に対する給付を打ち切って食料割引券の水準を引き下げたため、父親は、番号使用の差止めなどを求める訴えが起きた。

バーガー長官の相対多数意見は、番号の使用差止めを命じた地裁の判決を破棄・差し戻した。

77 471 U.S. 290, 304-05 (1985).

78 *Id.* at 305.

79 Quaring v. Peterson, 728 F.2d 1121 (8th Cir. 1984).

80 472 U.S. 478 (1985).

81 憲法や法律は「インディアン (Indian)」の語を用いるが、近年の判決は「アメリカ先住民 (Native American)」の語を用いる傾向にある。本書では、煩雑ではあるが統一せず、原文に即してそれぞれの語を用いることにする。

①政府による番号の使用は拒否できない：「宗教活動の自由条項は、政府に対して、その内部事項を、特定市民の宗教信念に適合する方法で処理するように求めるものとは理解できない」⁸²。この部分は、7人の判事が加わって法廷意見を構成している。

しかし長官は、原告（父親）自身も社会保障番号の提示を拒めないとする相対多数意見の中で、厳格な審査の射程を狭めることを主張した。

②中立・画一規制の優先：「申請者が社会保障番号を提示するという法律の要件は、宗教には全く中立で、一律に適用できる」⁸³。多数の者に及ぶ福祉政策の実施に際しては、政府は広範な行動の自由を持つから、「特定の宗教信念または宗教一般に対する差別の意図がない」場合には、政府は、要件が「正当な公益を促進するための合理的手段であることを示せば、立証責任を満たす」⁸⁴。

③免除の困難：社会保険の詐欺請求を防ぐことは、社会保障番号を使用する重要な目的である⁸⁵。「宗教による異議が純粋であることを事例ごとに審査せず、すべての申請者を同等に扱いたいという政策決定は、相当の尊重に値する。また、宗教を理由にする申請者を、宗教を理由としない申請者より優遇しているとの外観を避けることには正当な利益がある」⁸⁶。

相対多数意見は、「政府からの給付を得ることと、宗教信念に従うこととの選択を間接かつ付随的に要求する政府の規制」は、「宗教に基づく行動を処罰し、または宗教を理由に反対する行為を避け難く強制する政府の行為や立法」とは全く異なる⁸⁷とも述べている。しかし前者は、一連の失業補償事件で生じた状況に他ならない。そこで相対多数意見は、シャーバート判決などと本件を区別して、失業補償法は受給資格の審査を設けており、宗教を理由にした給付の拒否は差別の意図を示すものであったと説明する⁸⁸。

こうして失業補償以外の、法律による申請者の審査を予定していない分野では、「極めて重要な公の利益を達成するための、最小限度の規制」を求める従来の審査基準を放棄して、公益を促進する手段に合理性があれば十分とする、単なる「合理性の基準」を適用したのである。これは、宗教活動の自由に対する保護を認めるのは直接の強制がある場合に限るという1960年代以前の判例へ

82 476 U.S. 693, 699 (1986).

83 *Id.* at 703.

84 *Id.* at 707-08.

85 *Id.* at 709.

86 *Id.* at 707.

87 *Id.* at 706.

88 *Id.* at 708.

の後退を意味する。結局裁判所は、立法や行政による措置がなければ免除を認めないとする姿勢を示したわけである。

これに対して 5 人の判事が厳格な審査を支持した⁸⁹ ために、判決の先例としての力は弱いと思われた。しかし、この判決で一部反対意見を書いたオコーナー判事が、判例の消極傾向を確認することになる。

2) インディアン聖地の開発計画 : Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association (1988年)

合衆国森林局が国有林を通る道路建設のために、インディアンが歴史的に宗教目的で使用していた地域を含む予定地に、大量の森林伐採を要する計画を採用した。これに対してインディアン協会などが計画の差止めを求めて訴えを起こした。

オコーナー判事の法廷意見（4 人の判事が同調）は、訴えを認めた地裁と控訴裁の判決を破棄・差し戻した。

①計画の性質：計画は、「私人が自らの宗教信念に従って精神の充実を追求する能力を著しく妨げている」。しかし、「政府の行為は、個人に宗教信念を破るように強制してはいない。個人に対して、他の市民が享受しているのと同等の権利、利益、特権を否定することによって、宗教活動を罰しているわけではない」⁹⁰。

②厳格な審査の対象外：このような場合には「政府は、他の点では適法な行為について、極めて重要な正当化事由を示す必要はない」⁹¹。また、「裁判所が…真摯な宗教信念に基づく、政府に対する多様な要求を調和させることはできない。それは…立法府及びその他の機関の仕事である」⁹² と、裁判所の自制を表明した。

この判決で、宗教活動そのものに対する強制がなければ、政府が「極めて重要な公の利益」を示す必要はないとする法廷意見が成立し⁹³、失業補償以外の領域での免除については、裁判所の消極性がさらに明確になった⁹⁴。

89 ただし、5 人の意見は 3 つに分かれた。①ブラックマン判事の一部同意意見は、政府が番号を使用できる以上、番号提示義務の免除に関する請求が争訟性を喪失した (moot) のか否かを審査する必要があるとした (*Id.* at 714)。②オコーナー判事の一部反対意見 (ブレナン、マーシャル判事が同調した) は、真摯な宗教信念による社会保障番号の使用拒否を理由に、給付水準を切り下げることとはできないとした (*Id.* at 732)。③ホワイト判事の反対意見は、請求の全体をシャーバート判決などに従って判断するように求めた (*Id.* at 733)。

90 485 U.S. 439, 449 (1988)。

91 *Id.* at 450-51.

92 *Id.* at 452.

93 ブレナン判事の反対意見 (マーシャル、ブラックマン判事が同調) は、修正 1 条の文言は包括的であり、「宗教信念に反する積極的行為の強制」と、「宗教信念と一致する行為の妨害」との区別には「憲法上の意味がない」と批判している (*Id.* at 468)。

また、軍隊や刑務所については、施設担当者の判断を強調、尊重した。

3) 軍隊の服装規則とヤムルカ帽：Goldman v. Weinberger (1986年)

正統ユダヤ教徒で聖職者 (ordained rabbi) でもあった臨床精神分析医が、空軍基地の診療所内でユダヤ教徒の帽子であるヤムルカを着用していたため、空軍の服装規則違反として懲戒処分を受け、規則適用の差止めを求めた。地裁は訴えを認めたが、控訴裁は地裁判決を破棄した。

レーンクィスト判事 (後に長官) の法廷意見 (4人の判事が同調) は、控訴裁判決を支持した。

軍隊は任務を果たすために、本能的服従、一体性、責任感や団結心を促進しなければならない。「軍事上の必要が、宗教を動機とする行為に対する特別な制限を正当化するか否かを評価するときには、裁判所は、軍事上の利益の重要性に関する軍隊当局者の専門判断に大きな敬意を払わなければならない」⁹⁵。修正1条は、軍隊に対して、服装規則が求める一体性を損なうとの見解にもかかわらず、ヤムルカ着用を認めるように配慮することまで要求してはいない⁹⁶。

4) 刑務所での礼拝：O'Lone v. Estate of Shabazz (1987年)

ニュー・ジャージー州刑務所の方針変更による施設外作業のため、施設内で行なわれる金曜午後の礼拝 (Jumu'ah: コーランが命じている) に参加できなくなったイスラム教徒が、損害賠償と差止めを求めた。

レーンクィスト長官の法廷意見は、訴えを認めた控訴裁判決を破棄した。

①刑務所規制の審査基準：判例は、「刑務所の職員に対する適切な敬意を確保するために、刑務所の規制が憲法上の権利を害すると主張されたときには、『合理性』の基準の下で審査してきた」。この手法は、「矯正施設職員が安全上の問題を予期したり、行刑上の処理しにくい問題を革新的に解決する能力を確保している」⁹⁷。

②礼拝確保の困難：刑務所の職員は合理的に行動したと言える。すべてのイスラム教囚人を金曜礼拝に参加させることは、礼拝の開始が太陽の南中時であるために極めて難しい。作業を週末に振り替えることも、乏しい職員を監視に配置する必要や、他の囚人に特別扱いの印象を持たれることによる影響のために、刑務所の安全を脅かしかねない⁹⁸。

94 しかし判決後に連邦議会は、問題となった道路建設の関連予算を撤回した (U.S. House Committee on Appropriations, Department of Interior and Related Agencies Appropriations Bill, 100th Cong., 2d sess., 1988, H.R. Rep. 100-713, p.72)。

95 475 U.S. 503, 507 (1986)。

96 *Id.* at 509-10. この判決に対応した1987年の法改正は、「軍務の遂行を妨げない限りで」宗教衣装の着用を認めた (10 U.S.C. § 774)。

97 482 U.S. 342, 349 (1987)。

軍隊や刑務所での権利の主張については、もともと一般社会より緩和された審査基準が適用されてきたようである。しかし両判決とも、信仰に基づく請求を退けるほどに十分な理由が示されていないとして、4人の判事が法廷意見に反対している。

リー判決（21頁）が示唆したように、税金に関する免除も認めなかった。

5）定額制の宗教サーヴィスと税の控除：Hernandez v. Commissioner of Internal Revenue（1989年）

サイエントロジー（Scientology）教会は、信者との個別面接や、面接担当者になるための訓練の際には定額制による寄付を受けていた。信者が所得税の控除を求めたところ、内国歳入庁は、定額の寄付はサーヴィスとの対価関係にあるから、控除の対象となる「慈善目的の寄付」には当たらないとの法解釈によって拒否した。

マーシャル判事の法廷意見は、信者の訴えを退けた控訴裁判決を支持した。

①国教禁止条項に反しない：控除の対象に当たるか否かを区別することは、教派間の差別ではない。レモン基準に照らしても、広く慈善目的での寄付を促す制度には宗教に対する敵意はなく、宗教を促進または抑制する効果もなく、宗教団体との関わりも通常の規制に伴うもので過度ではない⁹⁸。

②宗教活動の自由にも反しない：サイエントロジーの教義は、税金の支払いも受け取りも、面接や訓練に関わる納税も禁じていない。控除の対象外になることで信者に課される負担は、面接などに使える金銭が少なくなることであり、これは所得税全般による負担と同様である。仮に「実質的な（substantial）」負担が生じていたとしても、「健全な税制を維持する広範な公の利益」によって正当化できる（リー判決を引用）から、負担について審査する必要はない¹⁰⁰。

リー判決を用いることによって、宗教活動に実質的な負担が生じているのかを明らかにしないまま決着している。一般納税者と同様の負担として捉えている以上、仮に判断した場合でも否定したであろう。

6）宗教団体と消費税：Jimmy Swaggart Ministries v. Board of Equalization（1990年）

ジミー・スワッガートは、1980年代のアメリカで「テレビ伝道師」として有名だった。その宗教団体は、各地での伝道（evangelistic crusade と称した）に際して本、テープ、レコードなどの布教商品や関連商品を売り、宗教雑誌による通信販売もしていたが、カリフォルニア州は、州内での売り上げに消費税

98 *Id.* at 352-53.

99 490 U.S. 680, 695-96（1989）.

100 *Id.* at 699-700.

(6%)を課した(課税額は約18万ドル)。宗教団体は課税の違憲性を理由に還付を求めて訴えたが、州の裁判所では最高裁にまで退けられ、連邦最高裁に上告した。

オコーナー判事の法廷意見(全員一致)は、州裁判所の判断を支持した。

①免許税判例の意味：宗教団体は1940年代の判例¹⁰¹によって、宗教文書に対する課税が違憲だと主張している。しかし判例が違憲としたのは、憲法が保障する行為(出版、宗教の自由)に対する事前抑制(prior restraint)として作用する均一の(flat)免許税であった¹⁰²。

②消費税の性質：州の「一般に適用できる(generally applicable)」消費税は均一税ではなく、あらゆる売り上げのごく一部に過ぎず、すべての売り上げに「中立に適用がある」。従って、「宗教情報、思想または信念そのものを広める権利に対する税金ではない」。また、「宗教活動の自由を選び出し、特別かつ重い負担の扱いをするという危険はない」¹⁰³。

③宗教活動を侵害しない：宗教団体に対する負担は、商品の売り上げ減少に伴う所得の減少に過ぎない。これはエルナンデス事件と同じ状況であり、憲法上重大(significant)とは言えない。そして宗教団体は、納税自体が真摯な宗教信念を害するとは主張していない。「従って、宗教活動の自由条項は…州に対して、一般に適用できる消費税を〔宗教団体〕には免除することを求めるものではない」¹⁰⁴。

④国教禁止条項に反しない：一般に適用できる税金は、宗教信念の問題に関して中立で差別もない世俗目的を持ち、宗教を促進または抑制する効果はない。また、宗教団体による記録保管の負担は憲法上重大なものではなく、納税経費の負担は、政府を宗教問題に巻き込むものではない。商品は内容や動機に関わらず課税されるから、州が宗教性を審査する必要もない。従って、政府と宗教との過度の関わり合いにもならない¹⁰⁵。

課税による負担は一般的なもので、宗教に対する特別な負担にはならないというエルナンデス判決と同様の理由で、厳格な審査を適用していない。また、「一般に適用できる」との言葉が何度も現れるが、まさにこの言葉を決め手にして、この判決の3か月後に、厳格な審査を(事実上)放棄する判決が下されるのである(後述第4節)。

101 *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943); *Follett v. McCormick*, 321 U.S. 573 (1944).
なお13頁注36も参照。

102 493 U.S. 378, 385-87 (1990).

103 *Id.* at 389-90.

104 *Id.* at 391-92.

105 *Id.* at 394-97.

第3節 規制の免除に関する問題点

第2節2及び3で見たように、1960年代以降の連邦最高裁は、信仰を理由として法規制の適用免除を求める請求の可否を判断するために、いわゆる「厳格な審査」を行なった。しかし、これに基づいて最高裁が免除を認めたのは、失業補償の給付に関する4件と、義務教育の一部免除に関するヨーダー判決の、合わせて2領域・5件にとどまった。この傾向は下級裁判所でもさほど変わるところがなく、ライアン (J. E. Ryan) の研究によると、1963年から90年にかけて宗教活動の自由が争われた連邦控訴裁判決の内訳は、勝訴12件、敗訴85件となっている¹⁰⁶。そして判例の態度は、免除に対する賛否双方の立場から、さまざまな批判を受けたのである。

1. 利益認定の手法

最高裁は、シャーバート判決で審査基準を明示したにもかかわらず、その判断は原理に基づいておらず、一貫性を欠いていると評された¹⁰⁷。これは、審査の本質が利益衡量であったことによる。

まず審査の前提として、規制が宗教活動に対して「負担を課す」、つまり宗教活動の自由を侵害するものでなければならないが、規制によって生じる不利益がどの程度になると「負担」になるのか。

一例として、シャーバート判決 (18頁) を2年前のブラウンフェルド判決 (16頁) と比較すると、前者では、失業補償法の欠格条項が適用されても、一定期間の失業補償を受けられないだけである。しかし後者では、日曜休業法の適用によって、毎週2日間、商店を休み続けなければならない。後者の不利益の方が大きいことは明らかだが、前者にのみ免除が認められた。そしてシャーバート判決は、日曜休業法を一律に適用することの重要性を強調して、判例は変更していないと説明した¹⁰⁸。こうして、一部のユダヤ系商人に「重大な競争上の不利益」を及ぼす¹⁰⁹ 法規制が、新判例でも正当化された。

ボブ・ジョーンズ大学判決 (22頁) は、非課税団体資格の撤回は、大学の経営に相当な影響を与えるであろうが、学校が教義を守ることは妨げないと述べ

106 James E. Ryan, Note, *Smith and the Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment*, 78 VA. L. REV. 1407, 1459-62 (1992).

なお Note, *Religious Land Use in the Federal Courts under RLUIPA*, 120 HARV. L. REV. 2178, 2183 n.38 (2007) は、この数字には一部に誤りがあると指摘している。

107 Note, *supra* note 7, at 355-56.

108 ブレナン判事の法廷意見 (*Sherbert*, 374 U.S. at 408)。

109 これを認めたのもブレナン判事である (ブラウンフェルド判決の一部反対意見。366 U.S. at 613)。これに対してステュアート判事のシャーバート判決同意意見は、上述の矛盾を指摘して、判例を変更すべきであると主張している (374 U.S. at 417-18)。

た¹¹⁰。リング判決（25頁）も、聖地に道路を建設することが宗教活動に大きな影響を及ぼすことを認めながら、宗教活動の自由を侵害しないとしている。

次に、規制を行なう政府の利益が「極めて重要」とされるのは、いかなる場合か。ヨーダー判決（19頁）は義務教育の一部免除を認めたが、義務教育を受けさせるという一般的な政府利益は重要であろう。しかし判決は、問題を8学年終了後の1～2年間、義務教育を受けさせ続けることで得られる利益に限定して、政府利益の重要性を認めなかった。このように政府利益を限定すれば、免除を認める余地は大きくなる¹¹¹。

しかしヨーダー判決以降は、このような手法は採られなかった。ヨーダー判決と同様にアマン派信者の請求が問題になったリー判決（21頁）では、社会保険制度への強制加入を確保する利益を強調し、保険料納付義務を納税義務と同視して、問題を一般化している。信者が国に頼らず、共同体の内部で互いに助け合う慣行に従って社会保険の給付も拒否するのであれば、信者から保険料を徴収する政府利益は、さほど大きくはないはずである¹¹²。

ボブ・ジョーンズ大学判決も、教育から人種差別を一掃することは最優先の利益であるとしたが、問題になったのは、人種差別教育一般ではなく、学則による学生の男女交際に関する規制であると捉えることもできる。私生活の規制（宗教系の私立学校では珍しくない）に介入する政府の利益は大きいのであろうか¹¹³。結論の是非は別として、利益認定の手法が統一されていないことは明らかである。

この分野では、法規制が偶然に一部の宗教や教派に悪影響を及ぼすという事情があるために、何らかの原理に基づいて審査基準を予め設定することは非常に難しい。しかし利益の認定においては、考慮すべきことが多い。

ジャネッラ（D.A. Giannella）は、徹底した利益衡量を定式化している。

（1）政府利益については、①政府規制の基礎となる世俗の価値、②規制手段と価値との近接性と必然性の程度、③宗教を理由にする規制の免除がすべての規制施策に与える影響、の3点を評価する。

（2）請求者については、①特別な保護を求める宗教活動の真摯さと重要性、②政府による規制がその活動を妨害する程度、の2点を考慮する。

（3）その後で両者の利益を衡量して、請求の可否を判断する¹¹⁴。

110 *Bob Jones*, 461 U.S. at 603-04.

111 Douglas Laycock, *A Survey of Religious Liberty in the United States*, 47 OHIO STATE L. J. 409, 429 (1986).

112 スティーヴンス判事の同意意見（*Lee*, 455 U.S. at 262）。前掲注70及び74も参照。

113 Laycock, *supra* note 111, at 429.

これらの要素のすべてが、微妙な判断を必要とする。特に、裁判所が宗教活動の重要性を評価することは、価値判断に関わるだけに、それ自体適切であるのか疑わしい。そして、利益・不利益の程度を判定するための客観的な尺度は存在しない。

程度の問題と言えば、「極めて重要な公の利益」という基準を用いる利益衡量は、宗教信仰による行為が社会に重大な結果をもたらすのであれば、たとえその行為が信仰と深く結び付き、重要な意味を持っているものであっても、免除を認めないことを意味する¹¹⁵。

例えばシャーバート判決は、原告の居住地における安息日再臨派の信者が150人程度しかおらず、安息日を理由に職を得られない者が、原告の他には1人しかいなかったことに言及している¹¹⁶。免除を認めてもあまり影響はないとの論理であろう。しかし、この論理では、職を得られない信者が多数いる地域では、免除(失業補償の給付)を認めないことにもなりかねない。

また、リー判決でのスティーヴンス判事の結論同意意見は、社会保険料の免除を認めなかった法廷意見に賛成する理由の1つとして、アマン派以外の宗教を理由とした免除の請求に対応する難しさを挙げている¹¹⁷。波及効果に対する懸念と言うべきか。

さらに、政府の施策全体だけでなく、社会に対する影響も考慮される。例えばボブ・ジョーンズ大学判決が示したように、私立校であるとは言え、露骨な人種差別の意図を示す学則を是認するかのような判決を下すのは、たとえ真摯な信仰に基づくとしても不可能であろう。

結局「極めて重要な公の利益」という、厳格そうに見える基準を裁判所が用いたとしても、判断の「手法は、必然的に個別事件限りの諸要素の考慮を基礎とする」¹¹⁸ ことに変わりはない。従って、先例の存在しない領域では、訴訟当事者だけでなく、裁判所にとっても、指針らしいものはない。そこで裁判所は、恣意的な判決との批判を避けるために、立法や行政の判断に従う可能性が強くなる¹¹⁹。この意味で、「厳格な審査」と言っても、実際の判例が示したように、

114 Donald A. Giannella, *Religious Liberty, Nonestablishment, and Doctrinal Development: Part I. The Religious Liberty Guarantee*, 80 HARV. L. REV. 1381, 1390 (1967).

115 MARK TUSHNET, *The Constitution of Religion, in RED, WHITE, AND BLUE: A CRITICAL ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL LAW* 247, 266 (1988). 皮肉にも思える指摘である。

116 *Sherbert*, 374 U.S. at 399 n.2.

117 *Lee*, 455 U.S. at 263.

118 Paul Marcus, *The Forum of Conscience: Applying Standards under the Free Exercise Clause*, 1973 DUKE L.J. 1217, 1240 (1973).

119 J. Morris Clark, *Guidelines for the Free Exercise Clause*, 83 HARV. L. REV. 327, 330 (1969).

信仰に基づく行為に対する保護は、それほど強固なものではなかったのである。

2. 「宗教」とは何か：保護の対象

信仰に基づく請求に法規制の免除を認めるとすれば、何が「信仰」に基づく「真摯な」請求なのか、つまり請求の「宗教性」をどのように判断するかという問題が生じる。

1) 「宗教」の定義

最高裁は、モルモン教と一夫多妻に関する一連の判決のうち、1890年の *Davis v. Beason* 判決で、『宗教』の語は、人と造物主（Creator）との関係に関わる見解、その関係から生じる、造物主の存在と特質に対する畏敬の念や、造物主の意思に従う義務に関わるものである¹²⁰。神の存在を前提とするキリスト教、それもプロテスタントが大多数であった当時のアメリカの状況を反映した、ある意味で素朴な見解とも言えるが、20世紀に入ると移民の流入によってアメリカの宗教は急速に多様化した。

1961年の *Torcaso v. Watkins* 判決は、神に対する信仰の告白を公職就任の要件とするメリーランド州憲法を連邦憲法修正1条違反と判断したが、神の存在を教義としない宗教として、「仏教、道教、倫理協会運動（Ethical Culture）、世俗的人間主義（Secular Humanism）」などがあることを指摘している¹²¹。

やがて最高裁は、法規制の免除に積極姿勢を見せたのと同時期の1960年代にヴェトナム戦争を契機として、いわゆる良心的兵役拒否に関する法規定における「宗教」の定義を拡大解釈した。

一般軍事訓練・兵役法（1948年）の6条j項は「宗教教育及び宗教信念」を理由にした免除を認め、宗教教育及び信念を、あらゆる人間関係から生じるものに優越する義務を伴う「至高の存在（Supreme Being）との関係」についての個人の信念であると定義して、本質的に政治・社会学・哲学上の見解や、個人の道德律を対象から除いていた。

この規定をめぐって *United States v. Seeger* 事件（1965年）では、神の存在に対する懐疑を表明し、哲学の著作を信念の補強に用いた者らに兵役の免除を認めなかったことが争われた。

クラーク判事の法廷意見は、規定の文言を「信念を持つ者の生活において、法規定では明らかに免除の資格を持つ者が、神への伝統的な信仰によって満たされているのと同様の位置を占めている、真摯かつ有意義な信念」として解

120 133 U.S. at 342（フィールド判事の法廷意見）。12頁注34も参照。

121 367 U.S. 488, 495 n.11（ブラック判事の法廷意見）。

釈して免除を認めた¹²²。つまり、神への信仰と同様に人の行動を強く拘束し、支配する信念を「宗教信念」として扱ったのである。

次いで、初めは拒否の理由が「宗教上のものではない」と明言していた者について免除を認めなかったことが争われた *Welsh v. United States* 判決（1970年）は、スィーガー判決をさらに拡大解釈した。

ブラック判事の相対多数意見は「純粹に倫理、道德上の源泉及び内容をもつ信念を真摯に抱いており、それがあらゆる戦争に反対する良心の義務を課するのであれば」スィーガー判決の基準が満たされるとして免除を認め、法規定の「宗教的」は広範な内容を持っており、個人の主張だけで判断できないと述べたのである。排除されるのは、政策に関する考慮、プラグマティズム、便宜に基づくものに限られた¹²³。

ここまで宗教の定義を広く解した理由の一つに、宗教を理由とする反戦者にのみ兵役免除を認めることは国教禁止条項に違反しかねないとの懸念があった¹²⁴。それでは、法規制の免除が宗教活動の自由条項の問題として争われたときに、最高裁は請求の「宗教性」をどのように判断したのか。

ヨーダー判決（19頁）は、宗教の拡大解釈をとらなかった。法廷意見は、アマン派信者による義務教育の一部拒否を、その教義と強い結びつきがあると認める一方で、世俗的理由による主張（があるとすれば）については、次のように述べた。

例えば、森の中で孤独な自給自足生活を送ったソロー（H. D. Thoreau）のような者の請求は、宗教上のものとは言えない。「ソローの選択は宗教というよりも哲学的、個人的なものであり、そのような信念によって宗教条項に関わる請求を提起することはできない」¹²⁵。修正1条に言う「宗教」は、良心的兵役拒否に関する法規における「宗教」とは異なるのである¹²⁶。ダグラス判事の一部反対意見は、このような限定はスィーガー、ウェルシュ判決に反するとしている¹²⁷。

また、1980年代の失業補償給付の拒否を巡る判例（20～21頁）でも、主張の宗教性が争われた。

122 380 U.S. 163, 165-66 (1965).

123 398 U.S. 333, 340-43 (1970).

124 ウェルシュ判決でハーラン判事の同意意見が指摘している (*Id.* at 356).

125 *Yoder*, 406 U.S. at 216.

126 ただし判決はアマン派信者の主張に宗教性を認めたものであるから、この部分は傍論(*dicta*)に過ぎないとの指摘もある。THOMAS C. BERG, *THE STATE AND RELIGION* (Nutshell Series) 269 (2nd ed. 1998).

127 *Yoder*, 406 U.S. at 247-49.

トーマス事件では、請求者は、エホヴァの証人の教義を、兵器製造に携わることを禁じていると解したが、同僚の信者はそのようには考えず、「聖書には反しない」と助言していた。しかし最高裁は、請求の宗教性を認めた。「教義を巡る相違は、特定教派の信奉者の間では珍しくない。…宗教活動の自由に対する保障の対象は、教派の全構成員が共有する信念には限らない」。また「宗教信念が修正1条の保護を受けるためには、他人が許容し得る、論理的で一貫性があり、理解し得るものである必要はない」¹²⁸とも述べている。

ホビー事件では、請求者が就職後に安息日再臨派に入信したことが問題とされたが、判決は、改宗の時期は問題ではないとした。さらにフレイズィー事件では、請求者が特定の教派に属しておらず、単に「キリスト教徒」として日曜日の勤務を拒んだことが問題となったが、判決は、宗教活動の自由条項による保護を求めるために、特定の宗教団体の指導に従う必要はないとしている¹²⁹。

これらの判例は、信仰の選択と実践が個人の自由に委ねられていることを考えれば、適切な判断をしたものと言えよう。このように、免除が争われた事件における最高裁の態度は、宗教に特定の定義を与えないというものであった。宗教という「枠」を前提とはしているが、既成の宗教観によって排除されかねない主張でも、宗教性を認めたのである。

憲法における宗教の定義については多くの議論がある¹³⁰。チョウパー (J.H. Choper) によれば、憲法における宗教の定義は、次の基準を満たさなければならない。まず、①一般に「宗教的」と考えられてきた、人類の経験と願望を包摂して、その言葉に対する多くの神学及び一般人の考えに合理的に応えるものであること。同時に、②伝統的な教派及び信念と同様に、新しい、普通とは異なる、非順応的な教派及び信念を十分に含み得るものであること。さらに、③定義の適用が、請求者の思考及び態度という私的領域に侵入することをできるだけ避けるもの、である¹³¹。

広く考える説としては、スィーガー、ウェルシュ判決の立場を押し進め、宗教学者ティリッヒ (P. Tillich) の説に基づいて、人の心において宗教が果たす機能から、「宗教とは、究極的関心 (ultimate concern) である」とするものが

128 *Thomas*, 450 U.S. at 715-16, 714.

129 *Frazee*, 489 U.S. at 834.

130 アメリカでの議論を紹介した主な文献には以下のものがある。M.R.コンヴィッツ(清水望・滝澤信彦訳)『信教の自由と良心』(成文堂・1973年)、粕谷友介『『宗教的』行為の意味』佐藤功先生古稀記念『日本国憲法の理論』233頁以下(1986年)、土屋英雄「アメリカ合衆国憲法と“宗教”」社会科学討究(早稲田大学)33巻1号241頁以下(1987年)、小林節「アメリカ憲法における『宗教』概念」法学研究(慶應大学)62巻2号1頁以下(1989年)、日比野・前掲注22。

131 Jesse H. Choper, *Defining “Religion” in the First Amendment*, 1982 U. ILL. L. REV. 579, 580.

ある。個人の生活全体に意味と方向を与えるような関心であるのなら、一見世俗的に見えても「宗教」として修正1条の保護を受ける¹³²。

このように宗教の定義を広く考えると、イデオロギーなども「宗教」に含まれるために、世俗の思想と異なる「宗教」のみを保護の対象とする意味が乏しくなり、他方では「究極的関心」と関わらない宗教行為が保護されなくなる可能性もある¹³³。請求者が増大するために、免除を受けにくくなるという点でも、宗教活動の自由による保護の内容が縮小するという皮肉な結果を招きかねない。

しかし逆に、既成の宗教観を前提に定義を限定して、免除を受けられる請求の範囲を狭めることは、結果として、免除の対象を既成宗教の信者に偏らせるかも知れない。特定の請求に「宗教ではない」と烙印が押され、宗教活動が深刻に阻害される可能性は、いわゆる新宗教の場合に大きいのである。

2) 請求の真摯さ

詐欺的請求を防ぐために、裁判所は、請求者が宗教信念を「真摯に」抱いているのかを審査する必要がある。

United States v. Ballard 事件（1944年）では、アイ・アム運動（“I am” movement）の手紙による布教が、宗教による病気の治癒を宣伝していたために詐欺罪として幹部が起訴された裁判に当たり、被告人が信仰を真摯に抱いているかを審査することの是非が争われた。

ダグラス判事の法廷意見は、被告人の宗教信念または教義の真偽については判断できないとしたが、真摯さを審査することはできるとした。しかし、ジャクソン判事の反対意見は、真摯さに関する審査そのものが不当であると論じた。詐欺の場合、行為者があることを誤りであると知っていなければならないが、宗教に関しては、人が信じていることを誤りであるとは証明できまい。結局、宗教信念を真摯に抱いていることの証明と、その信念の真偽の問題とを分けて考えることはできないというのである¹³⁴。ブラウンフェルド判決も、真摯さを審査することは、宗教を保護する憲法の精神に反するとして、消極姿勢を示した（17頁の④）。

シャーパート判決以後の最高裁は、真摯さが欠けていることを理由として免

132 Note, *Toward A Constitutional Definition of Religion*, 91 HARV. L. REV. 1056, 1066-67, 1075-76 (1978).

133 Kent Greenawalt, *Religion as A Concept in Constitutional Law*, 72 CALIF. L. REV. 753 (1984). Choper, *supra* note 131は、狭い定義の必要を説く。

134 322 U.S. 78, 92-93 (1944). この事件は控訴裁に差し戻されたが、第2次上告審の *Ballard v. United States*, 329 U.S. 187 (1946) は、起訴及び審理陪審において女性が陪審員から排除されていたことを理由に、公訴を棄却して終結した。

除を否定することはなかった。そして政府側も、真摯さを争うことは少ない。他方、良心的兵役拒否を巡る判例が、審査の必要を否定したことはない。

信念を真摯に抱いているのか審査するのは、非常に難しい。個人の内面に關わることであり、バラード判決でダグラス判事が述べたように「人は、証明できないものを信じることがある。その宗教の教義や信念について、証拠を挙げることはできないだろう。ある人にとっては事実そのものである宗教上の経験は、他の人にとっては理解できないかも知れない」¹³⁵ からである。客観的な証拠を挙げることはできても、それは決定的ではない。しかし、ジャクソン判事にならって審査をしないわけにも行かない。

ペッパー (S. Pepper) は、宗教活動の自由条項に意義を持たせるために、正面から審査の問題を考察せよと言う。

まず、免除による得失から、免除を認めるか否かを決める方法がある。義務教育の一部免除を選ぶ者は多くないであろうし、失業してまで補償を受けることを望む者も少ないだろう。他方で租税関係の事件では、免除は魅力的であるから、その承認は慎重に行なわれることになる。

次に、直接に真摯さの有無を審査する。立証責任は免除の請求者にある。請求者の信念と、過去の行為や、問題の事柄以外に関する現在の行為との一貫性を検討したり、補強証人を用いるといった方法がある。誤って免除が認められないこともあろうが、それは、憲法上の特権を認める代償に過ぎない。行政の負担は増すであろうが、それは人権を縮減する理由にはならない¹³⁶。

真摯さの問題は、確かに、そのようにしか解決できないであろう。審査が担当者の能力や偏見・恣意に左右されるという危険は無視できないが、審査が内心を侵害する可能性があるからと言って、すべての免除を否定するのはあまりにも短絡的だからである。

3) 宗教の価値序列?

最高裁は、請求の非宗教性を理由に規制の免除を否定したことはなかったから、宗教の定義や、主張の真摯さの審査は、潜在的な問題にとどまってきた。しかし最高裁は、実際には、請求者が信仰する宗教の価値を判断しているのではないかと指摘された¹³⁷。世俗社会の価値・倫理の増進に役立つ「良い宗教」であるときに限って請求を認めている、と言うのである。

シャーバート判決は、宗教上の確信が失業の原因となったすべての人につい

¹³⁵ *Ballard(I)*, 322 U.S. at 86-87.

¹³⁶ Stephen Pepper, *Taking the Free Exercise Clause Seriously*, 1986 B.Y.U. L. REV. 299, 327-28.

¹³⁷ Note, *supra* note 7, at 361-62.

て失業補償の給付を認めるわけではないとした。信者が宗教上の確信から「社会の非生産的な構成員」となる場合には、免除の否定があり得ることを示唆している¹³⁸。またヨーダー判決も、アマン派信者の共同体が幾世紀にもわたって存続しており、その構成員は「生産的で、極めて遵法的である」と述べている¹³⁹。これらの「好ましい」事実は、免除の承認や、真摯さの認定に大きく影響したであろう。

ヨーダー判決でダグラス判事の一部反対意見は、宗教の性質によって免除の可否を判断するという、法廷意見に隠された態度を批判した。「法廷が、このアマン派の集団に関する『法と秩序』の記録を強調しているのは、全く不適切である。その構成員に軽罪または重罪の記録があるか否かにかかわらず、宗教は宗教なのである」¹⁴⁰。

リー判決（21頁）でスティーヴンス判事の同意意見は、次の危惧を表明した。「立法府であれ、裁判所であれ、政府に異なる宗教上の請求に関する相対的な価値を評価させないことは、最優先の利益である。政府がある請求を認め、他の請求を認めないことは、ある宗教を他の宗教よりも偏重するものと受け取られるであろう。それは、国教禁止条項が排除しようとした、重大な危険である」¹⁴¹。免除を認めるためには請求の価値を判断しなければならないが、そこには必然的に宗教に対する評価が混入するとして、宗教を評価するという「危険」を、免除を否定する第一の理由に挙げているのである。

3. 国教禁止条項との関係

信仰を理由に一般法規制の適用を免除することは、宗教活動の自由という点では好ましいかも知れないが、信仰に対する特別扱いや優遇として、国教禁止条項に違反するとは言えないだろうか。

1) 判例の対応と少数意見

(1) 「厳格分離」と「厳格中立」

シャーバート判決（18頁）以前の段階で、信仰を理由とした法規制の免除を認めるためには不利となる、2つの有力な理論があった。

その1つは、州の行為に対して国教禁止条項を初めて適用した *Everson v. Board of Education* 判決（1947年）に現れた。

138 *Sherbert*, 374 U.S. at 409-10.

139 *Yoder*, 406 U.S. at 217, 222.

140 *Id.* at 246-47.

141 *Lee*, 455 U.S. at 263 n.2.

法廷意見は、生徒のバス通学の対象に、宗教系私立学校に通う子供を含めることを認めた。しかし、ラトリッジ判事の反対意見（3人の判事が同調）は、「国教禁止条項の目的は、宗教的活動と国家権力の領域との完全かつ永続的な分離を、宗教に対するあらゆる形式の公的な補助（aid）または援助（support）を包括的に禁ずることによって作り出すことである」と述べた¹⁴²。この主張は後に「厳格分離（strict separation）」の理論と呼ばれるようになる。通学バスへの補助が違憲ならば、信仰を理由とした失業に対する失業補償の給付も認め難いであろう。

もう1つはシャーバート判決の2年前に現れた。カーランド（P. B. Kurland）は、2つの宗教条項に対して次のような一元的解釈を示した。「政府は宗教を、作為または不作為の基準として用いることはできない。なぜなら〔両宗教条項は〕便益を与え、あるいは負担を課すことについて、宗教に基づく区別を禁じているからである」¹⁴³。「厳格中立性（strict neutrality）」の理論である。ここでも信仰を理由とした給付は排除されよう。

（2）宗教に対する「配慮」

エヴァーソン判決の翌年に *McCullum v. Board of Education* 判決は、公立学校教室での宗教教育を違憲とした。ところがその4年後の *Zorach v. Clauson* 判決（1952年）は、学校外での宗教教育に生徒が出席するために授業時間を短縮する開放時間制（released time）を合憲と判断した。

ダグラス判事の法廷意見は次のように述べた。「我々は宗教的な国民であり、その制度は至高の存在（Supreme Being）を前提としている。…州が教派の必要と公的行事の日程を調整することにより、宗教教育を促進または宗教関係者と協力することで、我々の伝統にもっともよく従うことになる。それは我々国民の宗教的性格に敬意を払い、その精神的要求に公共のサービスを配慮させる（accommodates）¹⁴⁴ ためである。これを許さないのは、憲法は政府に、宗教

142 330 U.S. 1, 31-32 (1947).

143 Philip B. Kurland, *Of Church and State and the Supreme Court*, 29 U. CHI. L. REV. 1, 6 (1961). 「厳格中立性」は多くの論稿で言及される概念となったが、Kurland, *The Irrelevance of the Constitution: The Religion Clauses of the First Amendment and the Supreme Court*, 24 VILL. L. REV. 3, 24 (1978) は、ほとんどの学者から否定されたと回顧している。

144 “accommodation” の日本語訳は悩ましい。①齋藤小百合「アメリカ憲法における『宗教の自由』の最近の動向と『政教分離』原則にかんする法理の限界」宗教法18号271頁以下(1999年)は、学界での用例が多いと思われる「便益供与」を用いたが、学会報告に際しては、「宗教に対する補助金」と短絡して批判する意見も出た。確かに積極的援助を意味することもあるが、それにとどまるものではない。②「便宜供与」もしばしば用いられるが、「便宜的」との言葉を連想させて、あまり良い印象を持てない。③本章の初出時には「調整」を用いたが、わか

団体に冷淡な無関心を示すよう求めていると判断することになる。それは、宗教を信じない者を信じる者より優位に置くことになる」¹⁴⁵。

これは、宗教に対する「配慮」という概念が最高裁判決に現われた最初の例とされる。「教派の必要と公的行事の日程調整」との言辞は、日本の日曜授業参観訴訟を連想させる。そして配慮の発想は、後に国教禁止条項の厳格な解釈を「行き過ぎ」として反対する論理としても用いられた。

1962年の *Engel v. Vitale* 判決は、公立学校の朝礼で各生徒の任意により、教育委員会が作成した特定教派によらない祈りを唱えることを違憲と判断したが、スチュアート判事だけが反対した。

「祈りを言いたい者に言わせることが、どのように『公認の宗教』を樹立することになるのか理解できない。…祈りを唱えることに加わりたいとする学校生徒の希望を否定するのは、彼らに我が国の精神的遺産を共有する機会を否定することになる」¹⁴⁶。同判事は、翌年の公立学校朝礼での聖書朗読を違憲とした *Abington School District v. Schempp* 判決でも、「〔希望する生徒の〕宗教活動を認めるのを拒否するのは、国の中立性の実現ではなく、むしろ世俗主義を国教とするものである」との反対意見を述べている¹⁴⁷。

ゾラック判決の論理から、希望者には宗教活動を認めるのが「国民の精神的要求」に対する配慮だというのであろう。マッカラム判決の背景の1つに、「校内での」宗教教育に参加せず通常の授業を受けていた生徒に対するいじめがあったこと、ゾラック判決が「校外での」宗教教育を合憲としたことを見逃しているようである。

(3) シャーバート判決以降の応答

規制の免除と国教禁止条項との関係について、シェンプ判決と同日のシャーバート判決で、ブレナン判事の法廷意見は一応の解答を与えた。

土曜安息日信奉者に対して日曜礼拝者と同様に失業補償を給付することは、「宗教の相違に対する政府の中立性の義務を反映するに過ぎず、国教禁止条項が防ごうとする、宗教団体と世俗団体との関わり合い (involvement) には当たらない」。また、他人の宗教の自由も侵害されておらず、免除を認めても修正1条には触れないというのである¹⁴⁸。

りにくい。④表現としては弱い、さまざまな意味を含み、できるだけ誤解を避けるため、ここでは高畑英一郎「宗教への配慮」宗教法19号209頁以下（2000年）に従って「配慮」の語を用いることにする。

145 343 U.S. 306, 313-14 (1952).

146 370 U.S. 421, 445 (1962).

147 374 U.S. 203, 313 (1963).

しかしステュアート判事は、宗教以外の個人的理由（例えば母親が子守りを雇えなかった）によって土曜就労を拒んで失業した者には給付しないのに、宗教を理由に拒んだ者には給付する扱いを疑問とした。

同判事の結論同意意見は、「当法廷による国教禁止条項の解釈は、土曜日の就労拒否が宗教教義に基づくときには、州が失業補償の請求を拒否することを認めるだけでなく、積極的に要求している。…〔判例によれば〕国教禁止条項は『宗教に対するあらゆる種類の公的補助または援助』や『特定の宗教信念を背景とする政府の財政援助』を禁じている」と述べた。ただし同判事は、最高裁による国教禁止条項の解釈は歴史上の論拠が乏しく憲法上誤りであるとして、法廷意見の結論には賛成している¹⁴⁹。規制の免除を認めて宗教活動の自由を広く解すると同時に、国教禁止条項の射程を限定せよ、と主張したのである。

また、ハーラン判事の反対意見（ホワイット判事が同調）は、「本件の状況で、州が、上告人のような者のために受給要件の例外を設けるとすれば、それは、州にとっては宗教に対して許される配慮（*permissible accommodation*）であろう。…しかし私は、州は受給資格に関する一般規則に例外を設けることを、憲法が命じている（*constitutionally compelled*）との結論を支持することはできない」¹⁵⁰と述べた。州が規制の免除を認める制度を設けることは、宗教活動の自由を保障するものであるから国教禁止条項には反しない。しかし裁判所が認めることは自制しなければならない、と言うのである。

その後、*Lemon v. Kurtzman* 判決（1971年）は、国教禁止条項に関する従来の判例を整理して、いわゆるレモン基準（*lemon test*）を提示した。第1に、法律は世俗目的を持たなければならない。第2に、第一次的または主要な効果が、宗教を促進（*advance*）したり、抑圧（*inhibit*）するものであってはならない。第3に、政府と宗教との過度の関わり合い（*excessive entanglement*）を助長してはならない¹⁵¹。

レモン判決の翌年にヨーダー判決（19頁）が下された。バーガー長官の法廷意見は、「アマン派信者の宗教信念に配慮することは、およそ宗教に対する後援（*sponsorship*）や積極的な関わり合いといった性格を持ち得ない。義務教育を一部免除する目的及び効果は、アマン派信者の援助、偏重（*favor*）、促進、または支援（*assist*）ではなく、義務教育が出現する以前から何世紀にもわたる宗教共同体が…重大な障害から解放されて存続することを認めるものと考え

148 *Sherbert*, 374 U.S. at 409.

149 *Id.* at 415.

150 *Sherbert*, 374 U.S. at 422-23.

151 403 U.S. 602, 612-13 (1971).

られる。そのような配慮は『宗教の相違に対する政府の中立性の義務を反映するに過ぎない』と、シャーバート判決を確認するにとどまった¹⁵²。

(4) 政教分離緩和派からの批判

こうして最高裁は、宗教活動の自由を重視して、信仰を理由とした規制の免除は国教禁止条項に違反しないとしたが、再び激しい批判が現れた。トーマス判決（20～21頁）でレーンクィスト判事（当時）が示した反対意見である。

まず、判例が両条項を過度に拡大解釈したために、宗教活動の自由条項と国教禁止条項との間に「緊張」が存在する。その結果、仮に裁判所が求めること（仕事を宗教上の理由で辞めた者に対して失業補償の給付を認める）を立法化すれば、その法律は「明らかに」レモン判決による国教禁止条項の解釈に違反すると言う。第1に、明らかに宗教目的に仕えている。宗教信念に対する配慮のみを目的に金銭的便益を認めている。第2に、主要な効果が、宗教信念の実践に対する助成という、宗教の「促進」になる。第3に、そのような法律は、確実に国を宗教と関わり合わせる。州は必然的に、請求者の信念が『宗教』か、真摯に信じているのかを審査する必要があるからである¹⁵³。

しかし「宗教活動の自由条項をブラウンフェルド判決のように、国教禁止条項をシェンプ判決でのステュアート判事〔反対意見で、強制がない限り公立学校での聖書朗読は合憲であると主張した〕のように解釈すれば、両条項間で衝突が起こる状況は極めて少なくなるだろう」¹⁵⁴。両条項とも狭く解すれば良いと言うのである。

バーガー長官の法廷意見は、シャーバート判決を変更するつもりはなく、従って国教禁止条項違反の問題も同判決で解決済みである、と問題を簡単に退けている¹⁵⁵。

ステュアート判事とレーンクィスト判事は共に、国教禁止条項の解釈を緩める立場であった。しかし前者は、宗教活動の自由条項によって裁判所が免除を認めるように求めたのに対して、後者は、司法の自制の見地から宗教活動の自由をも狭く解釈し、免除の可否は立法・行政の判断に委ねるとした点が異なっている。ハーラン判事は国教禁止を緩める立場ではないが、宗教活動の自由については後者に近い。

このように、判例の主流とはならなかったものの、法規制の免除が国教禁止

152 *Yoder*, 406 U.S. at 234 n.22.

153 *Thomas*, 450 U.S. at 726.

154 *Id.* at 727.

155 *Id.* at 719-20.

条項に触れる可能性が示された。これに対して学説はどのように応じたのであろうか。

2) 学説の状況

a) 国教禁止条項違反を指摘する説

イリィ (J. H. Ely) は、シャーバート判決を「『州も連邦政府も…非信仰者に比べてすべての宗教を援助する法律を作り、あるいは条件を課すことはできない』とする判例の下では、違憲の疑いが極めて強い」とする。そして、宗教要素の薄い主張をした者にも兵役拒否を認めた判例を根拠に、信者にのみ規制の免除を認めることの違憲性を示唆した¹⁵⁶。

ジェイ (S.G. Gey) も、「宗教に対する配慮の原理は、宗教条項の適正な解釈とは両立しない」と言う。国教禁止条項は、啓蒙思想の世俗かつ相對主義の政治価値を反映しており、宗教の政治への影響を小さくすることを要求しているからである¹⁵⁷。「国教禁止条項を文字通りに読めば、国が宗教を促進することをいかなる方法でも禁じており、従って宗教に対する配慮を排除している」¹⁵⁸。シャーバート判決についても、宗教活動に対する直接の補助ではないが、間接的に社会の負担を伴うもので、国と宗教との協力を作り出していると批判する¹⁵⁹。

b) 宗教活動の自由に部分的な優位を認める説

トライブ (L.H. Tribe) は、「自由な宗教活動の原理が国教禁止の原理と衝突するときには、自由な宗教活動の原理が優位に立つべきである。その優位は、かすかな国教禁止条項化の外観をも、あらゆる犠牲を払って阻止するよりも、宗教をできるかぎり広範に許容することの自然な結果である」と言う¹⁶⁰。

ジャネッラも、「2つの条項を調整することが必要である。…裁判所が考えている中立性は…第一に宗教活動の自由条項に拠って、国が宗教の自由を、国によって課された負担から救うことを認めている」とする¹⁶¹。

ただ、これらの説は、宗教活動の自由が常に優位に立つとしているわけでは

156 John Hart Ely, *Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law*, 79 YALE L.J. 1205, 1319-20 (1970).

157 Steven G. Gey, *Why Is Religion Special?: Reconsidering the Accommodation of Religion under the Religion Clauses of the First Amendment*, 52 U. PITT. L. REV. 75, 79 (1990).

158 *Id.* at 148.

159 *Id.* at 184.

160 LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 1201 (2nd ed. 1988).

161 Giannella, *supra* note 114, at 1389.

ない。例えば公立学校での聖書朗読は、多数の生徒の「宗教活動の自由」であるから国教禁止条項には違反しない、と主張された場合には問題が生じるであろう。

そこで場合分けを明確に示すのがチョウパーである。国教禁止条項は「法律が宗教信念を強制し、危うくし、左右する傾向を持つ場合には、宗教を補助する目的を持つ法律—宗教の一般的政府規制からの免除を含む—を禁じることによって、両宗教条項の基礎にある価値に仕える」から、シャーバート判決（非信者の税金を、信仰を理由とした失業補償の給付に使う）は、これに違反すると言う。しかし「宗教の自由を妨げる傾向のない、宗教に対して『回復または平等を図る』配慮は、受益者でない者に、〔非金銭的に〕相当な犠牲を課するときでも認めるべきである」として、日曜休業法の適用免除を例に挙げる¹⁶²。

c) 両条項間に衝突は存在しないとする説

チョウパーの言う、宗教について「回復または平等を図る」配慮とは、社会で多数派を構成する宗教と、少数派の宗教との平等化を意味する。

ギャランター (M. Galanter) は、次のように平等化の必要を主張し、宗教活動の自由に基づく規制免除の意義を説く。多数派の宗教信念や慣行に重大な障害となる立法や、多数派の宗教慣行に必要なことを禁じる法律はまず考えられない。従って「少数派に与えられる例外は、多数派が〔既に〕代議政治によって有している。問題は、国がこれら少数派を優遇できるか否かではなく、国が多数派の自然な優位による不足を補えるか否かである」¹⁶³。

優遇ではなく失地回復であるから、国教禁止条項は問題にならないというわけである。しかし、現状における多数派宗教の優位自体が国教禁止条項違反となる場合があることを考えると、多数派の持つ利益を少数派にも与えれば問題が解決するわけではなからう。

また、宗教に対して「配慮することは、単に、生活様式を選ぶ権利に対する、政府の世俗的な敬意を反映するに過ぎない」とする説もある。自分たちと異なる宗教に対する配慮は、その宗教が正しいと認めるからではなく、信者に対す

162 Jesse H. Choper, *The Religion Clauses of the First Amendment: Reconciling the Conflict*, 41 U. PITT. L. REV. 673, 691, 694-95 (1980).

163 Marc Galanter, *Religious Freedom in the United States: A Turning Point?*, 1966 WIS. L. REV. 217, 291. また David E. Steinberg, *Religious Exemptions as Affirmative Action*, 40 EMORY L.J. 77 (1991) も、論題の通り人種に関する積極的差別是正措置の法理を宗教活動の自由に適用すべきであると論じている。

164 Note, *The Free Exercise Boundaries of Permissible Accommodation under the Establishment Clause*, 99 YALE L. J. 1127, 1135-36 (1990).

る敬意の現れであるから、「宗教目的」には当たらないと言うのである¹⁶⁴。けれども、「生活様式の選択に対する敬意」を持ち出すのなら、信仰に基づく請求にのみ規制の免除を認める必要はあるまい。

d) 宗教活動の自由を優位に置く説

マッコネル (M.W. McConnell) は、宗教に対する配慮を定義して、「宗教活動の自由を促進するために、規制によって宗教信念または活動が侵害される者を、一般に適用できる政府の規制から免除すること、あるいは政府の関わり合いなしに、自主的な宗教活動が繁栄する状況を作り出すこと」とする。そして、宗教の自由の保護はある意味で宗教を促進するものであるから、配慮についてレモン基準を用いることには意味がないと言う¹⁶⁵。

マッコネルは、厳格中立性や厳格分離の理論が、宗教活動にとって極めて不都合な結果をもたらすと批判して、宗教に対する配慮は宗教多元主義の自然な結果であり、そのような多元主義国家観が、憲法の基礎にある自由主義の政治理論により良く調和すると述べる¹⁶⁶。また、政府は、宗教による例外なしに統治する利益を評価する能力の点で、裁判所よりも適切であるとして、立法による広範な免除を認める¹⁶⁷。そして配慮の限界として、①政府にとって好ましい宗教への勧誘や強制をしないこと。②宗教行事への参加を強制することによって他人の宗教の自由に干渉しないこと。③特定の宗教を優遇しないこと、を挙げる¹⁶⁸。

マッコネルの説は、規制の免除などを「宗教に対する配慮」として、宗教活動の自由による保障の理由、内容、限界を詳論する点で注目される。しかし、宗教活動の自由を保障するとの理由から、他者の宗教の自由に対する強制がない限り、多数派の宗教活動に有利な措置を広範に正当化することは、やはり、国教禁止条項による規律の緩和につながるのではないか¹⁶⁹。また、立法による免除を認めるとしても、少数派の宗教に配慮がなされる保証は無いのである。

165 Michael W. McConnell, *Accommodation of Religion*, 1985 SUP. CT. REV. 1, 3-4, 6.

166 *Id.* at 14.

167 *Id.* at 31.

168 *Id.* at 35-41.

169 *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985) は、公立学校で「瞑想や自主的な祈りのため」に沈黙の時間を設けることをレモン基準により違憲と判断したが、マッコネルにとっては宗教に対する正当な配慮である (*supra* note 165, at 42-43)。

マッコネルの所説を批判的に検討するものとして、長岡徹「宗教に対する便宜供与—マッコネル (Michael W. McConnell) 教授の所説に関するノート—」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』401頁以下 (青林書院・1998年) を参照。

3) 規制の免除を定める立法措置の合憲性

裁判所が宗教による主張に対して規制の免除を認めるだけでなく、法律で宗教に対する別扱いを定める場合がある (statutory accommodation/exemption)。この場合も、法律と国教禁止条項との関係が問題になってくる。

(1) 良心的兵役拒否

信仰を理由とした免除を認める法律の典型は、いわゆる良心的兵役拒否に関する法制度であろう。戦争に反対する教派の構成員についてのみ兵役拒否を認めた選抜徴兵法の効力が争われた *Arver v. United States* (1918年) は、「修正 1 条に反した国教の樹立または宗教活動の自由の侵害が生じるとの主張…は、根拠薄弱 (unsoundness) であることがあまりにも明らかであると考え」として、修正 1 条問題を簡単に退けた¹⁷⁰。しかし、なぜ「根拠薄弱」なのか、根拠を示していない。

また、宗教の定義をめぐる議論 (32～33頁) で触れたように、1960年代後半には「宗教的」の文言を拡大解釈して、国教禁止条項違反の主張に対応しようとした。ところが、*Gillette v. United States* 判決 (1971年) は、宗教を理由としてヴェトナム戦争に反対する者に免除を認めなかったことを支持した際に、修正 1 条の問題にも触れた。

マーシャル判事の法廷意見は、国教禁止条項違反を否定している。

①現行制度は特定の宗教組織や教義などを特別に扱うものではなく、宗教を理由とした差別ではない¹⁷¹。②兵役免除制度には、真摯な良心的兵役拒否者を効果的に戦う者へと変えられる見込みはない、との現実的な考慮が働いている。また、免除の審査で問題になるのは個人の良心であり、所属する教派ではない。従って、特定の宗教や教派を促進するものではない¹⁷²。③特定の戦争に反対する者には免除を認めない法規定は、公正かつ公平で統一した判断を維持するという世俗かつ中立の目的を持つ。戦争の正否に関する信念は、政治上の理由など良心によらない要素も含みやすいため、行政による審査判断が不安定になり、かえって差別にもつながりかねない¹⁷³。

兵役拒否制度の元来の趣旨は、信仰を理由に戦争を許容できない者を義務との板挟みから救うことであったが、ジレット判決の論理では、正戦論の信仰には免除を認めないことになる。根拠として行政運用が重視されたにしても、そ

170 245 U.S. 366, 389-90 (1918).

171 401 U.S. 437, 451 (1971).

172 *Id.* at 452-54.

173 *Id.* at 454-55.

の背景には、宗教の多様化と「宗教」の緩やかな解釈によって審査が難しくなったこともあるだろう。結局、国教禁止条項との関係で制度が変質したことを示しているのではなかろうか。

(2) 安息日の勤務拒否

シャーバート判決以降しばしば問題となった、安息日を理由とした勤務の拒否については、どのような状況が生じたのか。

第3章で詳説するが、1964年人権保護法の第7編 (Title VII of the Civil Rights Act of 1964) は1972年の改正で「宗教に対する配慮」を定め、労働者の申し出により、安息日や宗教行事を理由とした休暇の取得や勤務日程の変更などを認めている。ただし、配慮は必ず認められるわけではなく、使用者に「不当な困難 (undue hardship)」が生じない限り、との条件付きである。

これに対してコネティカット州の法律は、労働者が指定した安息日には勤務を強制されず、勤務を拒否して解雇された場合には救済手続に訴えることができると定めていた。ところが *Estate of Thornton v. Caldor, Inc.* 判決 (1985年) は、州法を国教禁止条項違反とした。

バーガー長官の法廷意見は、①州法は、使用者や他の労働者の便宜や利益を考慮せず、例外なく安息日遵守者を保護しており、他の者に重大な負担を課すものである。②それは特定の宗教慣行を容認し得ない程度に促進するという主要効果を持ち、レモン基準を満たさない、と述べた¹⁷⁴。

これは、シャーバート判決以降の失業補償関係の判例と矛盾しないのであろうか。確かにソーントン判決で問題となった州法は、安息日の観念を持つ宗教の信者を絶対的に保護するものであるから、宗教目的を持つと言えよう。しかし、判例の立場を総合すると、安息日の勤務拒否が原因で失業した後は補償を受けられる (シャーバート判決) が、失業そのものを防ぐことはできない (ソーントン判決) ことになる。第7編はほどほどの保護であるから、国教禁止条項には反しないというところであろうか (なお第3章129～130頁も参照)。

(3) 宗教誌の消費税免除

Texas Monthly Inc. v. Bullock 判決 (1989年) は、定期刊行誌に対する売上・使用税の免除が廃止された時期にも布教目的で宗教教義のみを扱う雑誌については免税を認めていたテキサス州法を違憲と判断した。

174 472 U.S. 703, 708-10 (1985).

違憲とした6人のうち5人は国教禁止条項違反を理由とした¹⁷⁵が、その理由づけは2つに分かれた。

ブレナン判事の相対多数意見（マーシャル、スティーヴンス判事が同調）は、宗教信仰を促進する刊行物に限った免税は国教禁止条項に反すると言う。

宗教に配慮して免除を認める法律が許されるのは、さまざまな活動を行なう団体に対する援助を定め、宗教団体もその対象に含まれる場合である¹⁷⁶。しかし、問題の州法には十分な広範さがなく、免税措置は、対象外の者を負担者とする補助金に相当する。①政府が宗教団体だけに対して宗教活動の自由が求めている補助金を支出しており、②それが対象外の者に著しい負担を課し、または宗教活動の自由に対する妨害を取り除くものと合理的に捉えることができない場合には、宗教団体に対する正当化できない支援となり、是認（endorsement）のメッセージを送ることになる¹⁷⁷。

また、従来の判例が合憲と認めた宗教に配慮する措置は、対象外の者に実質的な負担を課さない、あるいは特定教義の信者に対して著しい妨げになる政府の介入を緩和するものであったと捉え、本件の税法はいずれにも当たらないとして区別した¹⁷⁸。

①非信者の負担が少ないこと。②宗教に対する実質的な負担を軽減していること、の2点を基準として立法による免除の可否を判定する手法はわかりやすいが、相対多数意見にとどまっている。

これに対してブラックマン判事の結果同意意見（オコーナー判事が同調）は、宗教活動の自由は宗教書に特別な免除を求めており、国教禁止条項は禁じていると指摘した。相対多数意見に対しては、後者を前者に優先させ、反対意見はその逆であるとして、いずれにも不満を表明する。その上で、良心、生死、善悪を扱う哲学書についても免税を認めるならば両条項の要求と両立すると示唆して、結局州法は宗教メッセージの伝達を優遇して支援していることを理由に違憲としている¹⁷⁹。

175 ホワイト判事の結論同意意見は、州法は刊行物の内容に基づく差別であり、出版の自由条項に反するとしている。489 U.S. 1, 25-26 (1989)。

176 *Id.* at 12. 非営利団体一般に固定資産税を免除する措置を宗教団体にも適用することを合憲とした *Walz v. Tax Commission of City of New York*, 397 U.S. 664 (1970) を引用。

177 *Texas Monthly*, 489 U.S. at 14-15.

178 *Id.* at 18 n.8. ブラック事件（38頁）で問題になった、宗教教育に参加する生徒に対する授業免除制は、生徒に宗教信念を強制するものではなく、金銭負担も生じないので「非対象者に対する実質的な負担」は生じない。エイモス事件（後述第4章147頁を参照）で問題になった、宗教系団体について人権保護法第7編（宗教を理由とした雇用差別の禁止）の適用を免除することは、在職または求職者に不利な効果をもたらすが、宗教の自由に対する深刻な侵害の恐れを防ぐものであると言う。

179 *Id.* at 27-28.

4) 小括

最高裁は、信仰を理由とした者についてのみ、宗教活動の自由条項によって法規制の適用免除を認め、それは国教禁止条項には反しないとしてきた。しかし、それは国教禁止条項に関する問題を解決というよりも、無視または回避しただけであったように見える。

シャーバート判決でブレナン判事が与えた「解答」は、国家の、宗教の相違に対する中立性の要請であった。けれども、これは諸宗教や教派間の中立性であって、宗教と非宗教との関係における中立性ではない。ステュアート判事が示唆したように、個人的理由による失業には補償を給付しないという制度の下で、信仰を理由とした請求にのみ給付を認めることは、国教禁止条項違反と考えられても致し方あるまい。宗教によらない思想に基づく義務教育の拒否は認めないことを示唆したヨードー判決にも同様のことが言える。このような態度は、事実上、信仰によらない請求についても免除を認めている良心的兵役拒否の領域と著しい対照を成している。

また、類似の「別扱い」を一方では宗教活動の自由条項によって認め、他方で国教禁止条項によって排除するという態度は、一貫性の無さを疑わせる。学説も、信仰に基づく請求に対してのみ免除を認めることが、なぜ国教禁止条項に反しないのか、について説得力のある解答を示していない。

4. 宗教は「特別」なのか

信仰を理由とした請求にのみ法規制の免除を認めることが正当なのであれば、信仰または宗教には、宗教を源泉としない世俗の思想や良心とは異なる「特別な価値」が必要であろう。1960年代以降の判例を支持した学説は、この問題をどのように考えているのか。

a) 憲法規定

宗教に特別な地位を認める根拠としてまず現れるのは、宗教に言及する修正1条である。同条は国教の樹立を禁じ、宗教の自由な活動を認めているが、良心に関する規定はない。これは、制憲者が宗教に特別な価値を認めていたことの現れであるとされる。そして、一般に宗教活動と考えられている行為は、むしろ言論・出版の自由条項で保護されているから、免除を認めなければ、宗教活動の自由条項には、独自の意義を認め難くなるという¹⁸⁰。

180 Clark, *supra* note 119, at 336はこのことを示唆する。TUSHNET, *supra* note 115, at 260-61も「修正1条の文言は、宗教と、その他の形式の表現との区別が存在することを確言している」と言う。

b) 団体としての宗教

マッコネルは、規制の免除を正当化するために、社会及び政治生活における宗教の価値を強調し、宗教多元主義を確保する必要を主張する。市民社会では、自由な国家に代わって、政府の外にある私的（中間）団体が、市民の徳性の源泉となる。しかし、倫理と正義を展開・伝達・強化する過程において、教会ほど重要な役割を果たすものはない。このような機能に着目した制憲者は、宗教が人々の倫理と自己抑制を伴って繁栄することを期待し、他方で、宗教における独占状況を恐れた。こうして修正1条は、宗教問題に関する強制や圧力を避けて、宗教や教派の多様性を促そうとしたと言うのである¹⁸¹。

次いで、宗教の特殊性を挙げる。個人の倫理的思考と異なり、宗教は共同体・団体的である。単なる個人の理性の産物ではなく、歴史と伝統に根拠を持つ。罪と罰の観念による内部規律の体系を持ち、単なる善悪に関する意見よりはるかに強い¹⁸²。

さらに、信者と宗教との特殊な関係がある。信者は宗教による義務を、客観的な有効性を持った、自らの外にある源泉と感じている。単なる好みや正しい行為に関する意見ではない。宗教による義務が市民や社会の義務と完全には調和しないとき、信者は権威相互の衝突に直面する。宗教に対する配慮の目的は、信者を宗教と社会との衝突から救うことである¹⁸³。

マッコネルが言うように、中間団体は社会規範の形成過程において重要な役割を果たすであろう。また、国家と個人が直接に対峙することによって生じる、個人に対する危険を防ぐための、いわば緩衝物の役割を果たす。しかし、宗教団体が他の団体と異なる性質を持つと言えるほど、これらの要素に多大の貢献をするのであろうか。多元主義社会における役割という点では、宗教団体と非宗教中間団体との違いは、程度問題に過ぎないのではなかろうか。前者に関わる者についてのみ、免除を認めることを正当化する根拠は乏しい。さらに、免除の承認は、宗教団体への所属の有無によって左右されるものではない。ジレット判決（45～46頁）が述べたように、請求者が、宗教信念から真摯に法規制に対する異議を表明しているか否かが問題なのである。

181 McConnell, *supra* note 165, at 16-20.

182 *Id.* at 19.

183 *Id.* at 26. 後の Michael W. McConnell, *The Problem of Singling Out Religion*, 50 DEPAUL L. REV. 1, 28-29 (2000) も、宗教の自由は個人の自律にとどまらず、良心の命じるところに従い神を崇拝する義務から生じる「不可侵の (inalienable) 権利」とであると論じる。McConnell, *Accommodation of Religion: An Update and a Response to the Critics*, 60 GEO. WASH. L. REV. 685, 692 (1992) は、宗教の自由は神に対する義務に関わる権利であるから、「立法府の慈悲に依存するものではない」とする。

c) 宗教の精神的影響

チョウパーは、信仰が信者の心の中に占める特殊な位置を指摘する。同じ良心的兵役拒否者でも、殺人に対して（宗教によらない）良心の呵責を感じる者と、教義によって、死後の自らの運命に影響が及ぶと考える者がいるとすれば、後者の内心における精神傷害の方が著しく大きい。後者は「永久に自らの魂を危険に曝す」からである。ただし科学的に証明することはできず、直感や経験を根拠とせざるを得ない¹⁸⁴。

ガーヴェイ（J.H. Garvey）は、宗教は精神異常と似ている点で、その他の信念などとは異なるとする。まず、宗教信念を通じた現実の認識は、一般の推論による認識とは異なる。行為者は、精神障害によって行為の性質を理解できない。また信者は、超越的な神などの命令に従うことを望み、自らの自由意思を放棄することがある¹⁸⁵。

チョウパーが例に挙げた兵役拒否について、ドウウォーキン（R. Dworkin）は、宗教と非宗教との峻別を批判していた。「倫理観が宗教に基づいていない人々」を兵役免除から排除することを「正当化することはできない。殺人を不道德とする人々に殺人を強要することは人格の侵害であり、この侵害は、彼らの信念が世俗的理由による場合も…同様に重大なものと考えられる。…原則的に世俗的な政府は、非宗教的な倫理観それ自体に対し宗教的な倫理観を優先させることはできない」¹⁸⁶。

d) 特殊性否定論：表現としての宗教活動

マーシャル（W.P. Marshall）は、宗教と世俗の思想とを区別して、前者に基づく請求にのみ免除を認める判例及び学説を全面的に批判する。

まず文言については、修正1条が出版の自由を明記していても、出版が特別な地位にあるメディアではないように、文言の有無によって宗教に対する保護の程度が違うとは言えないとする。免除を認めなくても、宗教活動の自由条項は、宗教団体への介入の自制を正当化し、宗教に対する直接の迫害を禁じる点で、今もなお意義を持つ¹⁸⁷。多元主義についても、宗教団体もその他の中間団

184 Choper, *supra* note 131, at 598. また JOHN H. GARVEY, *God Is Good, in WHAT ARE FREEDOMS FOR?* 42, 54 (1996)も同様の理由から、良心的兵役拒否を宗教によらない主張をする者にも認める「理由は何もない」としている。

185 John H. Garvey, *Free Exercise and the Values of Religious Liberty*, 18 CONN. L. REV. 779, 798-800 (1986).

186 ロナルド・ドウウォーキン(木下毅、小林公、野坂泰司訳)『権利論〔増補版〕』267-268頁(木鐸社・2003年)。

187 William P. Marshall, *The Case against the Constitutionally Compelled Free Exercise Exemption*, 40 CASE W. RES. L. REV. 357, 374-75 (1989-90).

体も、国家と個人との緩衝物であり、社会規範の形成に貢献し、文化の多様性を形成する点では同じであると言う¹⁸⁸。

権威間の衝突や、信者に対する精神傷害の点でも、真摯に世俗の信念を抱いている者の心に対する影響と異ならない。市民の不服従を避ける必要も、宗教だけの問題ではないとする。ガーヴェイの説についても、憲法は、自由意思が個人の自由の前提であることを表明し、アメリカの宗教では、自主性の原理が重要な要素であることを指摘して、意思の欠缺によって適用免除を正当化することに疑問を呈する¹⁸⁹。

こうしてマーシャルは、信仰を理由とした者にのみ法規制の免除を認めることは宗教に対する偏重であり、もし免除を認めるなら、世俗の思想などに基づく免除の請求も認める必要があるとする。しかし、裁判所が免除を認めることには消極的であり、思想などによる請求をも認めることによって請求が激増し、結果として政府の規制を是認する余地が大きくなると言う¹⁹⁰。ただし、立法によって免除を認めることは、国教禁止条項に違反しない限り許されるとしている。

これは、1980年代後半の最高裁の態度を全く別の観点から正当化するものと言える。最高裁は、自らが免除を認めることには消極的だったが、信仰による請求について免除を定める立法や行政措置の余地は認めていたからである。

マーシャルは、このように解しても、宗教活動の自由が制約されることにはならないと言う。一般に宗教活動と見られているものは、表現の自由に基づいて一般の表現と同様に保障されており、信仰に反する表現を強制されないことも、やはり表現の自由によって保護されているからである（エホヴァの証人による布教や国旗敬礼拒否に関する判例を参照）¹⁹¹。さらに、判例の態度は一貫性を欠き、わずかな免除しか認めていないこと、宗教の定義や真摯さの審査が、かえって宗教の自由を危険に曝すことを指摘するのである。

確かに免除を認める過程で、宗教の自由を危険に曝す可能性はあるとしても、裁判所による免除の否定という結論は、問題を立法府にすべて委ねることによって、少数派の宗教が不利に扱われる可能性が大きいことを考えると、直ちに肯

188 *Id.* at 381-82.

189 *Id.* at 382-86.

190 William P. Marshall, *Solving the Free Exercise Dilemma: Free Exercise as Expression*, 67 MINN. L. REV. 545, 591-94 (1983).

191 Marshall, *supra* note 190は、判例が宗教活動の自由の大部分を表現の自由から保護していることを詳論する。マーシャルの所説は宗教活動の自由を表現の自由と同じ保障内容を持つと捉えるために、これを「還元原則 (reduction principle)」と呼ぶものもある (TUSHNET, *supra* note 115, at 257-59)。

定し難いものがある。また、世俗（非宗教）の思想に基づく異議を認めることによって請求が激増するとの論にしても、あまりに仮定的な議論ではないかとの疑問が残る。けれども、「表現としての宗教活動」という側面を重視して、宗教を特別に扱う根拠はないから、宗教の自由をその他の精神活動と同等に扱おうという主張はかなりの説得力を持っている。

e) 平等な敬意、平等な自由

マーシャルの所説は表現の自由の観点によるものだが、平等の観点から宗教条項を分析するのがアイスグルーバー（C.L. Eisgruber）とセイジャー（L.G. Sager）である。2人は宗教と非宗教の対等を強調し、両者に対する平等な敬意（equal regard）ないし「平等な自由（Equal Liberty）」の保障を唱えた。

「平等な自由」は3つの内容から成る¹⁹²。①反差別原則：政治社会の構成員は、その精神のよりどころを理由に低く評価されてはならない。宗教教義は特別な憲法上の関心事となるが、それは宗教が敵意と無視を受けやすいからである。②中立性原則：差別に関する深く重大な懸念を除けば、宗教が特別な利益に値するとか、特に法的能力がないなどと扱う憲法上の理由はない。③一般的自由の原則：何人も、宗教に関わる存在であるか否かを問わず憲法上の自由一般を享受することで、宗教活動の繁栄が可能になる。

この原理は、宗教活動の自由では、規制の免除を平等に認めるという形で現れる。「国が一方で主流の宗教または世俗の重要な利益に配慮しながら、少数派の宗教集団または個人の同様に重要な利益に対して同等の配慮をしないとき」には、平等な敬意を払っていないことになる¹⁹³。現実または仮想の請求と比較対照する手法により、免除や配慮を認めるのである。健康・医学を理由にした服装規則などの例外や、共働きの両親や貧困者に対する配慮のように、現実の社会では「特別な必要に対する配慮は普通にある。真に〔例外なく〕一般に適用できる法というものは比較的稀である」から、これを手がかりに幅広く別扱いを認める可能性が開ける¹⁹⁴。

ただ、この主張では規制の免除などを認めるべき範囲が明らかではない。仮想の請求まで想定して不平等な扱いがないのかを審査するのであるから、厳格な審査に対する「非常に不確実でその場しのぎ（ad hocery）」、「一貫した規範の根拠を欠く」¹⁹⁵との批判は、自説にも帰ってくるのではないか¹⁹⁶。

192 CHRISTOPHER L. EISGRUBER & LAWRENCE G. SAGER, RELIGIOUS FREEDOM AND THE CONSTITUTION 52-53 (2007).

193 *Id.* at 90.

194 *Id.* at 96-97.

宗教による請求だけでなく、「強く抱いている信念を根拠とした異議のすべてに対して免除を認めると、その結果はまったくの無秩序（chaos）になる」¹⁹⁷との懸念は当然思いつく。2人は宗教と同等のものとして「世俗の倫理的傾倒（commitment）」を持ち出す。その「非宗教または反宗教性のために、〔宗教が受けがちの〕敵意や無視を被る」からである¹⁹⁸。良心的兵役拒否に関する判例と同様に、世俗の信念も宗教と似た性質を備えていることが求められるわけだが、その範囲もやはり明らかではない。

アイスグルーバーらは平等を強調し、宗教と非宗教との対等を主張するが、宗教の特別さを否定するわけではない。「平等の自由は、宗教を特別に扱うことに憲法原則上の根拠があることを否定しない。その根拠があることを主張する。すなわち、良心が差別、虐待、無視を受けやすいことである」¹⁹⁹。また、宗教は個別の提案や理論とは異なり、信念と行為を包括するもので、宗教上の信念や属性は、自己を意識するための重要な要素としている²⁰⁰。結局、宗教の特殊性や価値を認め、それに類する世俗の信念にも保護を及ぼすということになるのか。

f) 負の特殊性？

法哲学者のレイター（B. Leiter）は、宗教信念が自己意識（identity）の源泉になっている点で独特であるとの主張²⁰¹を否定する。個人や人格の自己意識に関しては、倫理、文化、民族、職業上の信念体系が、公共や社会生活での自己意識では、政治、階級、民族、文化の伝統が、宗教と同様の役割を果たすようになっているからである²⁰²。アイスグルーバーらの説についても、差別扱いを受けやすいからと言って特別な保護を認める理由にはならないとする。人種や身体障害も同様であり、思想に限っても、時代によって奴隷制廃止論、無政府主義、共産主義がアメリカでは差別を受けてきたと言う²⁰³。

レイターは、宗教の定義について検討した後に、宗教信念が人々にとって重

195 *Id.* at 85.

196 Thomas Berg, *Can Religious Liberty Be Protected as Equality?*, 85 TEX. L. REV. 1185, 1195-97 (2007) (Book Review).

197 *Id.* at 1200.

198 EISGRUBER & SAGER, *supra* note 192, at 112-13.

199 *Id.* at 197.

200 *Id.* at 125.

201 JOHN WITTE JR., RELIGION AND THE AMERICAN CONSTITUTIONAL EXPERIMENT 250 (2nd ed. 2005). アイスグルーバーらの説も同様か。

202 BRIAN LEITER, WHY TOLERATE RELIGION? 32-33 (2013).

203 *Id.* at 145 n.2.

要で有意義なものとなる固有の特徴として3点を挙げている。第1は命令の絶対性であり、個人が持つ希望や社会が提供する誘因に関わらない、人の行動について守るべき絶対的な(categorical)要求を示していること。第2は証明との分離であり、理性による正当化や証拠といった通常の判断基準に基づいていないこと。第3は人生に対する慰めであり、苦しみや死のような人生の基本にある事実を理解でき、耐えられるものにすることである²⁰⁴。

しかし皮肉なことに、特徴の1と2は宗教信念に対する規制の免除を否定する根拠になってしまう。証拠に基づかない絶対的な要求は害悪の原因となり、自由を害するおそれが大きくなるからである²⁰⁵。そして、仮に良心の自由が重要であることを理由に、宗教・世俗に関わらず良心に基づく請求を認めるとすれば、3つの不都合が生じるという。①市民の不服従の権利を憲法化することで、無政府状態の合法化になりかねない。②宗教によらない良心については証明が難しい。③法は一般の福祉や共通善を促進するために作られるのだから、法適用の免除はそれらを傷つけることになる²⁰⁶。

こうしてレイターは、規制の免除が他者に負担を掛けない場合を除き、免除をすべて否定するという結論に至るのである。宗教の特殊性ゆえに免除を否定するという逆説は興味深いが、抽象論に傾きがちで、現実には兵役拒否など免除を認めてきた運用を軽視しているとの批判もある²⁰⁷。

第4節 「厳格な審査」の放棄

1. 画一規制の主張

第3節で取り上げた諸問題は確かに重要である。しかし最高裁は、請求の宗教性や真摯さを否定して請求を退けたことはなかった。請求が宗教活動の自由によって争われたときに、国教禁止条項を理由として請求を退けたこともなかった。それではなぜ1980年代後半の最高裁は、法規制の免除に消極的な姿勢へと動いたのか。

スティーヴンス判事は、社会保険料の免除を認めなかったリー判決(21頁)の同意意見で、「有効かつ中立で一般に適用できる法律(law of general applicability)に対して、宗教が命じる(または禁じる)行為を法が禁じて(または命じて)いることを理由に異議を申し立てる者には、ほとんど克服できない

204 *Id.* at 34, 52.

205 *Id.* at 59.

206 *Id.* at 94-99.

207 Mark L. Rienzi, *The Case For Religious Exemptions—Whether Religion Is Special Or Not*, 127 HARV. L. REV. 1395, 1411-14 (2014) (Book Review).

(insurmountable) 立証責任を課すという基準」が判例をうまく説明できると主張した²⁰⁸。免除を認めた判例の方が少なかったからである。そして4年後に、ロイ判決の相対多数意見(23～24頁)はこれに従って、社会保障番号の提示を求めることは「宗教的に中立かつ一律に適用できる要件」であるとして、提示の拒否を理由とした給付水準の引き下げを正当化した。

中立でなく一般に適用できない法規制とは、現代ではまず例外的な、宗教を対象として特定した法規制である。他方で通常法規制は、立証責任がすべて請求者にあるために免除はほぼ不可能となり、法規制の一律適用を求める立法及び行政府の判断をそのまま承認することになる。法規制によって特定宗教の信者に不利益が生じて、裁判所が救済を認めることはない。しかし、利益認定の困難、裁判所が請求の宗教性を審査する危険性、信仰に基づく請求にのみ免除を認めることが国教禁止条項に違反する可能性といった、免除を認めることによって生じる問題はすべて回避される。そして、一律の取り扱いによって、少なくとも形式的には平等を確保できる。

この「基準」は、1980年代には法廷意見とはならなかった。しかし最高裁は、問題を「政府の内部行為」として処理したり(ロイ判決)、宗教活動に対する「強制」の有無を重視したり(ロイ、リング判決・25頁)、当局者の専門判断を尊重したり(ゴールドマン、シャバズ判決・26頁)、宗教活動に対する「相当な負担」の有無を考慮する(エルナンデス、スワッガート判決・27～28頁)といった「判例の区別(distinguish)」を重ねて、厳格な審査を避けるようになっていた。

当時の最高裁について、「投票行動の逆説」とする論評がある²⁰⁹。

a) 保守派(レーンクィスト長官、ホワイ特、スカリア、ケネディ判事)は、宗教活動の自由条項と国教禁止条項の解釈について司法消極主義を採り、宗教に対する規制も援助も認める。

b) これに対してリベラル派(ブレナン、マーシャル、ブラックマン判事)は、積極主義を採って国による規制も援助も抑制する。

c) オコナー判事は中間派であったが、司法によって宗教の自由を実現する立場と言えた。

d) しかしスティーヴンス判事は、国教禁止条項を含む多くの憲法問題では司法積極主義であったにもかかわらず、宗教活動の自由については「司法最小限主義(judicial minimalism)」と言うべき立場だったのである²¹⁰。

208 Lee, 455 U.S. at 263 n.3.

209 Douglas Laycock, *Formal, Substantive, and Disaggregated Neutrality Toward Religion*, 39 DEPAUL L. REV. 993, 1010 (1990).

かくしてスティーヴンス判事による画一規制の要請と、レーンクィスト判事（後に長官）らの保守派が奇妙な形で結び付いた結果、法規制の免除という「例外」を認めない方向をとったと見ることができる²¹¹。そして1990年に、「法の一般性」を強調してシャーバート判決以降の判例基準を厳しく批判する判決が現れた。

2. スミス判決

Employment Division, Oregon Department of Human Resources v. Smith 事件（1990年）では、アメリカ先住民教会の宗教儀式でペヨーテ（peyote）²¹² という幻覚剤を使用したためにアルコール・薬物依存者を社会復帰させる民間組織を解雇されたアメリカ先住民²¹³ が失業補償の給付を求めたが、州の雇用局は「職務に関連した非行」を理由に拒否した。オレゴン州最高裁は、宗教儀式での幻覚剤の使用を禁じることは宗教活動の自由を侵害するとして、失業補償の給付を拒否できないと判決したが、連邦最高裁は6対3で破棄した²¹⁴。

a) スカリア判事の法廷意見（レーンクィスト長官、ホワイ、スティーヴンス、ケネディ判事が同調）は、法規制の免除を認めた判例自体を、いわば

210 レイコックはこの態度を「宗教に対する敵意」と説明する（*Id.*）。宗教は政府が課す負担すべてに服するが、便益は得られないというのであるから。Ira C. Lupu & Robert Tuttle, *The Distinctive Place of Religious Entities in our Constitutional Order*, 47 VILL. L. REV. 37, 48 n.48 (2002) は、「容赦のない世俗主義者（relentlessly secularist）」と評する。

211 その一例に、軍隊における服装規則を支持したゴールドマン判決がある。レーンクィスト判事（当時）が当局者の判断を尊重する法廷意見を書き、スティーヴンス判事は、ヤムルカの着用を認めた場合、ターバンなどの請求についても、当局者が教義や真摯さに対する評価をする必要が生じて不都合であるとの同意意見を（ホワイ、パウエル判事が同調）述べた（475 U.S. at 510-13）。

212 トゲのないサボテンの一種で、葉の部分（アルカロイド成分が含まれている）を乾燥させてボタン状にしたものを噛んだり煎じたりして喫する。1964年にカリフォルニア州最高裁は、ペヨーテはキリスト教会が儀式で用いるパンとワインに相当し、あるいはそれを越えて信仰の対象でもあるとして、アメリカ先住民教会の儀式での使用に州の薬物規制法を適用することを違憲としている。People v. Woody, 40 Cal. Rpt. 69 (1964)。

213 原告・被上告人のスミス（Al Smith）は、自らのアイデンティティを探究するためにアメリカ先住民教会でペヨーテを摂る儀式に参加するようになったが、教会通いは長続きせず、後に「信者だと思ったことはない」と語っている。もう1人の原告ブラック（Galen Black）は白人で、施設でスミスと出会い、教会に対する興味から儀式に参加するようになったという。Garret Epps, *To an Unknown God: The Hidden History of Employment Division v. Smith*, 30 ARIZ. ST. L.J. 953, 962-63, 981-82 (1998)。

214 この訴訟は2度最高裁に上告されている。第1次上告審判決は、失業補償の給付拒否はオレゴン州憲法に反しないが、シャーバート判決に従う必要があるとした州最高裁判決を破棄・差し戻している。スティーヴンス判事の法廷意見（4人の判事が同調）は、判決の前提として、州法が宗教目的でのペヨーテ使用を認めているのか判断する必要があるとした（485 U.S. 660 (1988)）。従って、1990年の第2次上告審判決は「スミス第2判決」と呼ぶべきであろうが、本書では単にスミス判決と呼ぶことにする。

「なかったもの」にしてしまう。

(1)信仰を理由に規制を免除した判例は存在しない

「当法廷は、個人の宗教信念によって、国が自由に規制できる行為を禁じる、その他の点では有効な法の遵守を免れると判決したことはなかった」。「判例は一貫して、自由な宗教活動の権利は、個人が有効かつ中立で一般に適用できる法律に従う義務を、宗教が命じる（または禁じる）行為を法が禁じて（または命じて）いるとの理由では免れさせないとしてきた」²¹⁵。

(2)「厳格な審査」が適用される場合

「宗教を動機とする行為に対して、中立で一般に適用できる法律を適用することを禁じた判決は、宗教活動の自由条項だけでなく、言論・出版の自由や子供の教育といった、他の憲法上の保障と結合した宗教活動の自由条項にも関わるもの」である。本件はそのような「複合状況 (hybrid situation)」には当たらない²¹⁶。

(3)シャーバート判決の射程

「失業補償の領域以外でシャーバート基準になにがしかの生気を吹き込むとしても、一般に適用できる刑法〔スミス事件の場合は薬物使用の規制〕の免除を認めるために適用するつもりはない。…シャーバート基準は、関連する行為の理由について政府が個別に審査する文脈の中で展開してきたものである」²¹⁷。

(4)「厳格な審査」批判

規制について極めて重要な政府の利益を要求することは、平等保護や表現の自由に関する憲法規範を生んだが、宗教の自由では「一般に適用可能な法を無視する私的権利という、憲法上の変則 (anomaly) を生むであろう」²¹⁸。

厳格な審査の適用を、個人の宗教にとって「核心」となる行為を禁じる場合に限ることによって、基準の影響を限定する提案もある。しかし、裁判官が宗教信念の「核心性」を判断することは、表現の自由の領域で思想の「重要性」を判断することと同様に不適切である。結局、厳格な審査を用いるのであれば、全面的に適用せざるを得ないことになるが、『極めて重要な利益』が文字通りの意味であれば、多くの法律が基準を満たさないであろう。そのような制度をとる社会は、無政府状態を招くことになる」²¹⁹。

多様な宗教が存在するアメリカで、「まさに宗教の多元性に価値を認めて保

215 494 U.S. 872, 878-79 (1990). リー判決でのスティーヴンス判事の同意意見を引用。

216 *Id.* at 881, 882.

217 *Id.* at 884.

218 *Id.* at 886.

219 *Id.* at 887-88.

護するがゆえに、当法廷は、最高度の利益を保護してはいない規制すべてについて、宗教を理由に反対する者に適用することを無効と推定する贅沢 (luxury) を認める余地はない」²²⁰。

(5) 規制の免除は政治過程で

「宗教慣行について差別なく規制を免除することは認められ、望ましいとさえ言えるが、憲法は免除を要求しておらず、裁判所も、免除を認める適切な機会を識別できるわけではない。政治過程に調整を委ねることで、広く行なわれてはいない宗教慣行が相対的に不利な立場に置かれることはあり得よう。しかし、個人の良心がそれぞれの法となり、あるいは裁判官が、法律の社会的重要性を宗教信念の核心性と比較衡量する制度よりも、民主政治に不可避の結果を選ばなければならない」²²¹。

これに対して4人の判事が、厳格な審査を事実上放棄することに反対した。

b) オコーナー判事の結論同意意見は、従来の基準こそが、多元社会において宗教の自由を最大限に保護する修正1条の目的を反映しており、法廷意見がこれを「贅沢」とするのは、権利章典の真の目的を軽視していると批判した。ここまでの部分には、ブレナン、マーシャル、ブラックマン判事も同調している²²²。

ただし、州法によるペヨーテ所持の禁止には、薬物の害悪や不正取引を防ぐという極めて重要な利益があるとして、失業補償の給付を拒否する法廷意見の結論には同意している²²³。

220 *Id.* at 888. これに続いて、厳格な審査では、「思いつく限りほとんどすべての市民の義務」について、憲法が宗教を理由とする免除を求めることになるとして、訴訟で争われた法規制を列挙している。すなわち、義務兵役、納税、健康及び安全に関する規制（殺人罪、児童ネグレクト規制法、予防接種義務法、薬物規制法、道路交通法）、社会保障立法（最低賃金法、児童労働規制法、動物虐待規制法、人種について機会均等を定める法）である (*Id.* at 888-89)。宗教による主張を排除した判例（下級審、州の判決を含む）ばかりを並べているが、このうち動物虐待に関するルクミ・ババル事件では、3年後の最高裁判決が規制条例を違憲とした。後述第2章66頁を参照。

これに対してオコーナー判事の結論同意意見は、判例の列挙を「恐怖の行進 (parade of horrors)」と呼び、実際には、裁判所が宗教の自由と競合する国の利益とを繊細に比較衡量できたことの証拠であると批判した (*Id.* at 902) が、法廷意見は、裁判官が、一般法の重要性和宗教慣行の意義とを恒常的に比較衡量しなければならないことが「恐ろしい」のだと反論している (*Id.* at 889 n.5)。

221 *Id.* at 890. オレゴン州は1991年の法律で、宗教信念によるペヨーテの使用を刑事裁判での抗弁事由として認めた (Or. Rev. Stat. § 475.840)。連邦議会は1994年にアメリカ・インディアン宗教の自由法を改正して (American Indian Religious Freedom Act Amendments of 1994)、州法による規制の免除がない州でも、宗教儀式でのペヨーテの使用を認めた (42 U.S.C. § 1996a)。

222 *Id.* at 903.

223 *Id.* at 905.

c) ブラックマン判事の反対意見（ブレナン、マーシャル判事が同調）は、次の理由から結論にも反対している。

①アメリカ先住民教会でのペヨーテの使用は慎重に制限されており、無責任で享乐的な薬物使用とは異なる。②連邦や多くの州ではペヨーテの使用について規制の免除を認めているが、他の宗教を理由とした薬物規制の免除請求が激増したわけではない。③マリファナやヘロインは不正取引の弊害も大きく、規制の免除を認めることは難しいが、ペヨーテに限定した規制の免除は、厳格な審査を平等に適用した結果であり、国教の樹立には当たらない²²⁴。

こうして法廷意見は、正面から判例を変更するのではなく、ある意味では判例の位置づけを歪曲して、宗教活動の自由条項に関しては「厳格な審査」など存在していなかったと述べたのである²²⁵。

他方で「厳格な審査」の弊害を厳しく批判しており、この基準の適用範囲を、①宗教活動そのものを規制している場合。②宗教活動の自由が、言論・出版の自由といった他の憲法上の権利保障と結び付いている場合（判決の言う「複合状況」の内容は不明瞭だが）。③失業補償の給付のように、政府が申請者について個別に審査を行なう場合、に限っている。

最高裁による宗教活動の自由の解釈は、シャーバート判決以前の段階に戻ってしまったように見える。法律や政府の施策で定めていない限り、信仰を理由とした免除を認めないという、規制の一律適用を重視する態度をとったのである。これは宗教活動の自由条項の意義を低下させ、少数派の信仰が不利な状況に置かれる危険を招く可能性がある²²⁶。法廷意見によれば、宗教儀式における

224 *Id.* at 913, 917-18.

225 結論を支持するマーシャルさえ、法廷意見は「説得力がなく出来も良くない」、「宗教活動の自由に関する判例の理解が浅薄で、〔オーダー判決を憲法上の権利の「複合」とこじつけるなど〕先例の利用が虚構すれすれ」、事件の事実、下級審判決、当事者の主張さえ越える「司法の行き過ぎの模範例」などと酷評している。William P. Marshall, *In Defense of Smith and Free Exercise Revisionism*, 58 U. CHI. L. REV. 308, 308-09 (1991).

最高裁の口頭弁論に立った当時のオレゴン州司法長官は、法廷意見の理由づけについて、当事者双方ともに「上告趣意書ではまったく（never）触れず、弁論でまったく述べず、まったく用意したものではなく、正直言ってまったく想像もしていなかった。我々はみな、シャーバート判決の法理が適用されると思っていた」と回顧している。州が主張したのは失業補償の拒否には薬物規制という極めて重要な利益が存在することであり、それを認めたのがオコーナー結論同意意見だったという（David B. Frohnmayer, *Employment Division v. Smith: "The Sky That Didn't Fall"*, 32 CARDOZO L. REV. 1655, 1665-66 (2011)）。ただし、シャーバート判決などが用いた利益衡量の基準は「本質では主観的」で「あまり好きではない」、「スミス第2事件は、その本質にある弱点を大いに証明した」とする（*Id.* at 1668）。

226 Michael W. McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, 57 U. CHI. L. REV. 1109, 1111 (1990) によると、宗教団体や人権保護団体、100人を越える憲法学者が判決の再審理を申し立てた（ただし496 U.S. 913 (1990) で却下）。

ペヨーテの使用を刑法で禁止しても、それは「民主政治に不可避の結果」として正当化されてしまう²²⁷。

とは言え、従来の判例が用いたとされる厳格な審査も、法規制の免除を幅広く認めるかのような期待を持たせながら、実際にはさしたる保護を与えて来なかった。この判決はそれを公式に確認しただけだったのも知れない。

第5節：アメリカの議論から

「皇帝のものは皇帝に、神のものは神に」——イエス・キリストはこの言葉によって、世俗権力の領域と、宗教の領域との峻別を説いたとされる（マタイの福音書22章21節）。しかし、この簡潔な言葉は「各人に彼のものを」と同様、「何が皇帝のものか、何が神のものか」を明らかにしない空虚な定式である。本章の主題である「信仰を理由とした法規制の免除」は、世俗世界における規制と、精神世界における規律のいずれを優先させるかという、「皇帝と神の境界領域」に属する。

1. 免除の可否

免除を認めることについてはさまざまな問題が示されている。

まず、どのような場合に認めることができるのか。他人の生命・身体・財産といった権利に害悪をもたらす行為は、いかに信仰を理由とするものであっても、免除を認めることはできない。信仰は信者個人にとっては絶対かも知れないが、他人に同調を強いたり、信仰を共にしない者の集合体である国家の法規制を破る根拠とはなり得ない（加持祈禱判決を参照）²²⁸。

しかし、それ以外の、他者の権利に直接影響を及ぼさない行為に対する規制の場合はどうか。第3節1で見たように、利益衡量の手法は請求者に

227 齋藤小百合「アメリカ社会における宗教的多元主義（上・中・下）」法律時報65巻8号74頁以下、11号96頁以下、12号98頁以下（1993年）はスミス判決を詳細に検討し、多元主義の尊重、先住民・少数派保護の観点から批判する。

また、神尾将紀「合衆国憲法修正一条にいう『宗教の自由な実践』条項に関する司法審査基準の再定式化をめぐる（一～四・完）」早稲田大学大学院法研論集95号31頁以下、96号49頁以下、98号55頁以下、100号55頁以下（2000～2001年）は、スミス判決の法理とその運用を中心に綿密な分析を加えている。

228 エホヴァの証人による輸血拒否は判断が難しい。最高裁第3小法廷平成12（2000）年2月29日判決（民集54巻2号582頁）は、輸血拒否の特約に反して輸血をしたとの理由で損害賠償を認めた。事案の処理に限定した判断であるため、輸血せずに患者が死亡した場合に医師が処罰の対象になるのかは明らかではない。判例は被害者の同意を違法性阻却事由として認めない傾向（最高裁第2小法廷昭和55（1980）年11月13日決定・刑集34巻6号396頁）にあるが、このような場合まで処罰すべきとは考え難い。なお小林公夫「信仰上の理由による輸血拒否と不作為の同意殺人罪の正否」法律時報82巻1号63頁以下（2010年）を参照。

対する保護を不安定にすることは否めない。にもかかわらず、さまざまな法規制と個人の内心との衝突は予期し難いものであるために、予め何らかの基準を設定することは困難である²²⁹。事例ごとに請求の内容を検討し、規制利益と被侵害利益を慎重に評価するなかで免除を認めて行く他はない。

また、免除はあくまでも「一般に対する例外扱い」である。例えば、国旗の掲揚や国歌の斉唱を法によって義務づけるような場合には、免除を認めるのではなく、法規制そのものを違憲・無効とすべきである。法規制について一般には違憲性が認められず、一部の者の内心と衝突するに過ぎない場合に免除の問題が生じるのである。そのため、個人の内心に立ち入るといった危険はあるものの、請求者の真摯さを審査する必要がある。

2. 宗教と非宗教

アメリカと異なり、日本で免除の請求を退ける重要な理由として持ち出されるのが「宗教的中立性」または、いわゆる「政教分離原則」である(日曜参観判決、剣道受講拒否判決を参照)。しかし宗教的中立性を理由に、剣道受講を拒否した生徒を留年・退学に追い込んで生徒の信仰を危険にさらすことは、まさに学校による「中立性」の侵害ではないのか。この意味で「中立性」は、意味内容が不明確なままに用いられる傾向がある。

ただ、レーンクイスト判事が指摘したように、免除を認めることはレモン基準に触れる可能性がある(41頁)。このような場合には基準に触れても「信教の自由に配慮」すべきとの説がある²³⁰が、免除が宗教的意義を持つと認める

また、事件の原告患者は手術当時63歳であったが、1985年には、交通事故に遭った当時10歳の少年が、親の意思により輸血されないまま死亡する事件も起きている(大泉実成『説得』(現代書館・1988年)を参照)。未成年の場合、どの時期から本人の意思表示を尊重すべきなのか、あるいは親権停止の審判(民法834条の2)を用いてでも親権者による輸血拒否の意思を排除すべきなのかも、明らかではない。

医学界は、宗教的輸血拒否に関する合同委員会報告「宗教的輸血拒否に関するガイドライン」(2008年)(<http://www.anesth.or.jp/guide/pdf/guideline.pdf>)(2014年9月27日閲覧)で、15歳、18歳を分岐点とする対応案を示している。

229 小林武「剣道受講拒否事件判評」民商法雑誌115巻6号167頁以下、177頁(1997年)は「〔必要不可欠な目的を達成するための〕必要最小限度の制約の基準を違憲審査基準として設定した上で、それを事案に具体的に適用するにあたって比較衡量手法を採る、という構成がなされるべきであったと思われる」とする。アメリカの厳格な審査そのものだが、連邦最高裁がこの基準を持てあましたのは、この基準をそれこそ厳格に捉えたからであろう。

安念潤司「憲法判例50年・信教の自由」法学教室1998年2月号49頁以下、56頁は、「あえて定式化すれば、当該一般的法義務を課すことが信仰者の信教の自由の行使の重大な妨げとなり、他方、当該一般的法義務を免除しても、政府の政策目的の追及に重大な支障が生じない場合に限って、一般的法義務が免除されるべきであろう」とする。

230 戸波江二「信教の自由と政教分離」法学セミナー1994年5月号89-90頁、前掲注24・35-39頁。

以上、免除の場合にはレモン基準の射程を限定、または基準そのものを緩和する方が一貫していると思われる²³¹。レモン基準よりも政教分離について「緩やか」とされてきた目的効果基準の方が、皮肉なことに規制の免除という問題の処理には適当かも知れない²³²。

仮にレモン基準への抵触を避けるのならば、免除に当たっては、宗教上の理由とその他の理由とを区別せず、宗教上の理由を免除（または別扱い）すべき理由の一つとして再構成することが考えられる。例えば剣道受講の場合は、信仰を理由とした拒否者を、身体的理由で受講できない者と同視するのである²³³。この論理を採るならば、免除は信仰を理由とした場合に限るべきではない。宗教以外の源泉による思想や良心も、信仰と同じ程度に強く個人の自由な意思決定や行動を拘束する場合があるからである。

こうして本章の主題は、信仰ではなく、広く内心一般に対する侵害に基づく法規制の免除の問題として検討し直すべきことになる²³⁴。アメリカの判例は、信仰を理由とした請求についてのみ免除を認めていたが、価値体系の著しい多様化の中で、法秩序において特別扱いを受けるに値する「宗教独自の特別な価値」は、未だ示されていないのではなかろうか。日本では1970年代後半以降

231 野坂・前掲注24、28-30頁は「宗教的少数者の信教の自由を保障する」立場から、剣道受講拒否事件に対して再構成したレモン判決基準を適用することで「政教分離原則に反しない」と結論している。また平野武「剣道受講拒否と信教の自由」龍谷法学25巻1号135頁（1992年）は、「憲法上の重大な価値、人権を実現する」行為には目的・効果基準の適用を変え、政教分離原則を緩和すべきとする。

232 棟居快行「判解」法学教室1996年9月号94頁以下、95頁は「政教分離原則が津地鎮祭事件の最高裁大法廷判決…において、いわゆる目的効果基準のもとで限定分離で足りるとされ、極めて緩やかに捉えられている。すると右最判に従うかぎり、…本件の事例でレポートなどの代替措置を剣道実技と同等に努力を要する程度で講ずることは、宗教的中立性ないし政教分離原則にはおよそ触れないはずである。…最高裁の目的効果基準では〔信教の自由と政教分離原則との〕『緊張関係』など生じようがなかった」とする。

とは言え、愛媛玉串料訴訟で違憲判断（最高裁大法廷平成9（1997）年4月2日判決・民集51巻4号1673頁）が下された今となつては、目的効果基準は以前ほど「緩やか」とは言えなくなっている。空知太神社判決（最高裁大法廷平成22（2010）年1月20日・民集64巻1号1頁）に至っては、同基準さえ用いていない。他方、アメリカでは1990年代以降の諸判決によって、レモン基準がどの程度規範性を残しているのか疑わしくなり、政教分離については日米両国の違いが縮小している。

233 棟居快行「信教の自由と政教分離の『対抗関係』」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開 上』548-49頁（有斐閣・1993年）。野坂・前掲注24、23-24頁も、障害者と「エホバの証人」の信者の立場が類似していることを指摘する。

234 阿部照哉『基本的人権の法理』130頁（有斐閣・1976年）は、良心的兵役拒否を念頭に置きつつ、「国内の平穏、国家の存立と対外的安全、個人の生命と自由の確保、無条件に保護されねばならない個人の諸権利」といった限界内では「自己の良心の命ずるところに反するような挙動（作為または不作為）をなすよう公権力によって強要されることがない」ことを良心の自由の内容に含めている。

「第3次宗教ブーム」と呼ばれる新興宗教の隆盛があり、「非合理の復権」とも言われた²³⁵。しかし憲法は、思想・良心の自由と信教の自由をともに明文で保障しており、また宗教が社会生活に与える影響の程度を考えると、宗教が、それ以外の源泉による思想や良心とは異なる「特別な価値」を持っているとすることは、アメリカ以上に難しいように見える。

画一規制の要請に基づいて免除をすべて否定すれば、これらの面倒な考察をせずに問題は簡単に処理できる。形式的平等の確保という観点からしても、魅力的な解決策である²³⁶。しかし、法規制をあくまでも一律に適用すれば良いという行き方は、結局、規制する側の便宜を優先して、個人の内心における葛藤を無視することになる。

画一規制の問題は、剣道受講拒否事件に典型的に現れている。法規制と衝突するような「厄介な」信仰を持たない者は「ささいなことにこだわらずに、剣道をすれば良いではないか」と考えるかも知れない。けれども、剣道を必修にする措置も同様に「ささいなこと」なのである²³⁷。剣道などの格技（当時の用語。現在は「武道」）を必修として選択の余地を与えずに、拒否者を体育1科目の単位不足を理由に留年・退学させることを正当化するのは、生徒の内心の自由や教育を受ける権利を犠牲にして、硬直した規制の欠陥を放置する結果に終わりがねない²³⁸。

他者の権利に対する影響の有無を起点として、請求の真摯さを審査した上で、免除の可否を判断するのは困難な作業である。それにもかかわらず、法規制の適用によって、特定個人の内心に対する侵害が生じたときには、適用の免除を認めるべき場合があると解さざるを得ないのである。

235 大村・西山編・前掲注23、特に第1、5章を参照。しかし1995年には、いわゆるオウム真理教事件が起き、宗教に対する不信ないし警戒感がかなり強まったように見える。

236 安念・前掲注229、51-52頁は「平等取扱説と義務免除説」として問題を整理する。

237 朝日新聞1993年2月24日付社説は、剣道受講拒否事件の地裁判決に関連して「疑問に思うのは、なぜ学校が彼らに苦渋を強いてまでも剣道に固執しなければならないのか、ということだ」と述べる。

238 2008年に改訂された学習指導要領は、中学校での体育（1、2年）について「武道（剣道、柔道、相撲から選択）」を必修としている（文部科学省のホームページ http://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/new-cs/youryou/chu/hotai.htm）（2014年8月21日閲覧）。剣道受講拒否事件判決をどの程度考慮した判断なのであろうか。

第2章 立法と判例の応答：スミス判決以降

第1節 宗教の自由回復法の成立

1990年代のアメリカ合衆国（連邦）最高裁は、合衆国憲法修正1条が定める宗教活動の自由について1960年代以降用いてきた厳格な審査（strict scrutiny）を、重要な部分で放棄する姿勢を明確にした。第2章では、最高裁の判決と連邦議会による立法との相互作用から、宗教活動の自由条項をめぐる近年の動向について検討する。

第1章で見たように、最高裁は1963年のシャーバート判決以降、厳格な審査の手法を用いてきた。すなわち、規制が宗教活動の自由に負担を課すものとして争われた場合、政府側が、①規制が「極めて重要な公の利益」の達成に必要で、②制限の少ない方法では目的が達成できないことを立証できなければ、規制の免除を認めるというものである。この手法は、一般には宗教に中立と見られる規制でも、たまたま特定宗教の信仰と衝突する場合には、規制の適用を免除することによって、信者の葛藤（信仰を守って不利益を被るか、信仰を破って規制に従うか）を取り除くという特色をもつ。いわゆる「適用違憲」の一方法と言えよう。

ところが、この手法によって最高裁が実際に規制の免除を認めたのは、安息日を理由とした失業に対する失業補償の給付と、近代文明を拒む信仰を理由とする義務教育の一部免除を認めた2つの領域、5件の判決にとどまった。1980年代には、厳格な審査によって免除を拒んだり、厳格な審査の適用そのものを回避する判決が繰り返され、最高裁の消極的な姿勢が次第に強まる。そして1990年のスミス判決が現われる。

法廷意見は5対4の僅差で、強引な判例操作によって、判例変更ではないとの外観を取りつつ、実際には一般的な審査基準と考えられてきた厳格な審査を大部分の領域で放棄するものであったため、多くの憲法学者¹や宗教団体はこの判決を激しく非難した。そして、スミス判決が規制の免除に関する判断を委ねたはずの「政治過程」は、この判決を正面から否定する方向に動いた。

* 初出（第1～3節）：「90年代アメリカにおける宗教活動の自由—宗教の自由回復法（RFRA）の顛末—」神戸外大論叢50巻1号87-114頁（1999年）。

1 判決を批判する論評を列挙したもの：James E. Ryan, Note, *Smith and the Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment*, 78 VA. L. REV. 1407, 1409 n.15 (1992); Marci A. Hamilton, *Employment Division v. Smith at the Supreme Court: The Justices, the Litigants, and the Doctrinal Discourse*, 32 CARDOZO L. REV. 1671, 1671 n.2 (2011).

1. 連邦議会：スミス判決の否定

スミス判決を覆す立法を目指す動きは判決の年から既に現れていた。その背景には、「最近の政治史の中ではもっとも広範な連合による支持」があった。宗教系団体による支持はキリスト教各派、ユダヤ、イスラム、シーク教、アメリカ先住民教会、新宗教や人道主義団体にまで及び、アメリカ自由人権協会（ACLU）を始めとする人権団体も同調した。上院での法案提出者代表は民主党リベラル派のケネディ（Edward Kennedy）、共和党保守派のハッチ（Orrin Hatch）両議員であり、左右両派からの政治的支持を示していた²。

カトリックや妊娠中絶反対派（pro-life）からは、女性が中絶規制を免れる手段として用いる可能性に対する懸念もあったが、1993年11月に連邦議会は圧倒的多数（上院では97対3、上院による法案修正後の下院では全会一致）で「1993年宗教の自由回復法（Religious Freedom Restoration Act of 1993=RFRA）」を可決し、大統領の署名を得て同法は発効した³。

法律の主な内容は以下の通りである⁴。

(1) 立法目的：連邦議会は、従来の判例が設けた極めて重要な利益の基準が、宗教の自由と、競合する政府の利益とを適切に比較衡量するために運用可能な基準であると認識する。法の目的は同基準の復活にある（2条）。

(2) 審査基準：連邦及び州政府は、人（person）の宗教活動に実質的な負担（substantial burden）を課してはならない。例外として、極めて重要な利益を増進し、そのためにもっとも制限の少ない方法である場合にのみ、負担を課することを認める（3条）。

(3) 適用範囲：本法は、制定の前後を問わず、連邦及び州の法や、その実施に適用される（6条）。

(4) 国教禁止条項との関係：本法を、憲法修正1条の国教禁止条項に影響を及ぼすものと解してはならない（7条）。

これは明らかに、厳格な審査を事実上放棄したスミス判決を批判し、同判決以前への回帰を求めるものであった。最高裁が示した憲法解釈を、連邦議会が法律で否定したのである。しかし結果から言えば、裁判所が持て余したものを再び押しつける第1の試みは、短期間で挫折することになった。

2 Douglas Laycock & Oliver S. Thomas, *Interpreting the Religious Freedom Restoration Act*, 73 TEX. L. REV. 209, 210-11 (1994). また *Id.* at 210 n.9は、法案を支持した65団体を列挙している。

3 立法の経緯は Robert F. Drinan & Jennifer I. Huffman, *The Religious Freedom Restoration Act: A Legislative History*, 10 J.L. & RELIGION 531 (1994) を参照。

4 42 U.S.C. §§2000bb to 2000bb-4.

2. 最高裁：スミス判決の維持

最高裁は、宗教の自由回復法の審議を横目に、Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah でスミス判決を確認した。ただし、本案については厳格な審査による違憲判決である。

サンテリア（Santeria）教会は、動物の生贄を宗教儀式に用いており、教会の進出に不安を抱く住民の意向に基づいて、市議会は、動物の生贄や、生贄にする動物の飼育などを禁じる決議及び条例を採択した。教会側は条例などの違憲を主張し、地裁及び控訴裁は合憲判決を下したが、最高裁はこれを破棄した。決議及び条例を違憲無効とした結論は全員一致であったが、その論理は分かれた。

a) ケネディ判事の法廷意見は、スミス判決を前提に、条例や決議が「中立で一般に適用可能な規制」に当たるのかを検討して、宗教を狙い撃ちにした規制であると判断している。

(1) 条例の目的は特定宗教の抑圧である

禁じられる生贄の定義は、ユダヤ教の戒律に従った屠殺（kosher）を対象外としており、市が主張する立法目的についても、①不適切な廃棄物処理が公衆衛生を害するのであれば、有機廃棄物の処理一般に対する規制が可能である。②動物の虐待を防ぎ、適切な世話をさせるためには、動物の取り扱いに関する規制が論理的である、と指摘する⁵。

そして「条例は、宗教を抑圧する目的を持っている」。「用語自体がサンテリアの宗教活動を狙い撃ちにしている。…宗教による動物の殺害を禁じながら、他方でほとんどすべての世俗的な殺害を除外するよう留意している。条例を擁護する際に主張された正当な目的を達するための必要を越えて、はるかに宗教行為を抑圧している。条例は中立的ではない」と要約する⁶。

(2) 条例の適用対象には一般性がない

「条例は、市が主張した目的に対して過小包摂（underinclusive）である。公衆衛生の保全や、動物虐待を防ぐという利益について、サンテリアの生贄と同様またはそれ以上に危うくする非宗教行為〔釣り、ネズミ駆除、遺棄動物の安楽死など〕を、条例は禁じていない」。従って、「条例は、宗教信念を動機とする行為のみについて、市の公的利益を追求するものである」⁷。

5 508 U.S. 520, 538-39 (1993).

6 *Id.* at 542. ケネディ判事は、条例の立法過程からも中立性を認められないと論じているが、この部分に同調したのはスティーヴンス判事のみで、法廷意見にはなっていない (*Id.* at 540-42)。

7 *Id.* at 543-45.

こうして条例の中立性、一般性を否定し、「条例の目的は、サンテリアの礼拝儀式の核心にある要素を抑圧すること」にあり、「条例は、この〔厳格な〕審査と両立できない」としたのである⁸。

b) **スーター判事の一部同意・結論同意意見**は、宗教活動の自由は、宗教信念または慣行を抑圧する政府の行為を禁じていると述べる法廷意見に同意しながらも、法廷意見が前提としているスミス判決について、「従うに値するものか疑問を持つ」と述べ、詳細な批判を展開している。

①宗教的中立性は、宗教を差別する法を禁じる「形式的中立性」にとどまらず、形式では中立な法の適用を免除することによって宗教の相違に配慮する(accommodate)「実質的中立性(substantive neutrality)」をも含んでいる⁹。

②従来の判例には、宗教の自由が問題であることを明言して、中立で一般に適用可能な法を対象に厳格な審査を行なったものも多く見られる。スミス判決は、従来の判例との両立を図るために、さまざまな判例を区別しているが、説得力がない。「〔同判決が厳格な審査の対象になるとした〕複合請求が、単に他の憲法上の権利に関わるものであるのなら、それはあまりに広範で、スミス判決の準則をも飲み込むことになろう」。スミス事件で問題になったペヨーテを用いる儀式には、言論の自由や結社の権利も関わっているからである。結局、スミス判決は、従来の確立した判例と調和しない¹⁰。

③スミス事件の当事者は、厳格な審査を採る判例を前提に弁論を行っており、審査基準自体を論点としていない不十分な弁論を経て厳格な審査を放棄したのは、先例拘束性の原理(stare decisis)に照らしても問題である¹¹。

かくしてスーター判事は、中立で一般に適用可能な法規制が問題となる事件が現れたときに、スミス判決を再検討すべきであるとしている。

c) **ブラックマン判事の結論同意意見**(オコーナー判事が同調)は、スミス判決での反対意見と同様に、厳格な審査の復活を主張している¹²。

8 *Id.* at 534, 546. スカリア判事の一部同意・結論同意意見(レーンクイスト長官が同調)は、①法の中立性と適用の一般性を分けて検討する必要はない。②修正1条の領域では、規制法の立法者意思を検討する必要はなく、法の効果を検討すれば足りる、とする(*Id.* at 557-58)。

9 *Id.* at 561-62. 「実質的中立性」は、Douglas Laycock, *Formal, Substantive, and Disaggregated Neutrality Toward Religion*, 39 DEPAUL L. REV. 993 (1990) が唱えた概念である。国教禁止及び宗教活動の自由条項は、宗教信念(または無信仰)、宗教慣行(または不作為)、宗教信奉(または不信奉)に対する促進または妨害を最小限にとどめることを求めていると解する(*Id.* at 999)。Laycock, *Substantive Neutrality Revisited*, 110 W. VA. L. REV. 51, 53 (2007) は、自説に対する反響を回顧しながら、スーター判事による引用を「自分の目的に合うときに用いただけ」と述べる。

10 *Lukumi Babalu*, at 566-67, 570-71.

11 *Id.* at 571-72.

12 *Id.* at 577-80.

判決は、規制について免除が認められる非宗教行為が存在する場合、宗教行為にも免除を認めなければ「中立でない規制」になり得ると述べ、スミス判決の下でも、厳格な審査の余地が意外に残されていることを示した。

この事件に関して興味深い挿話がある。宗教の自由回復法の主唱者であったソーラズ（Stephen Solarz）下院議員は、連邦議会からも教会側に立つ意見書（amicus brief）を出そうとしたが、議員は誰一人、意見書に署名しなかったという¹³。宗教の自由回復法が広範な一般法の形をとったのも、このように「不人気な宗教」が不利な立場に置かれることを避けようとしたためであった。

第2節 下級裁判所による法の運用

宗教の自由回復法は各地で多くの訴訟を生んだが、それはいかなる結果をもたらしたのであろうか。ここでは連邦控訴裁を中心に、下級裁判所判決の傾向を概観する〔以下、特に断りがなければ控訴裁の判決である〕。

ルプ（I. C. Lupu）の研究は、次の数字を示している¹⁴。

- 1) 判決数：168件（連邦裁判所で144件、州裁判所で24件）。
- 2) 事件の領域：刑務所関係（囚人による訴え）が約6割（連邦94件、州5件）。
- 3) 勝訴判決数：25件（勝訴率は約15%）。

内訳：刑務所関係で9件（連邦のみ）、その他16件（連邦9件、州7件）。

刑務所関係の事件が多かったのは、スミス判決以前の判例が、刑務所当局の判断を尊重していた¹⁵のに対し、新法は刑務所関係事件への適用を排除しておらず、大きな期待が持たれたためである。

宗教の自由回復法が期待された成果を残さなかったのは、同法がスミス判決以前の判例法理を単純に復活させたところに一因がある。従来の判例自体、「厳格な審査」という見かけほどには、宗教活動の自由に対して好意的ではなかった（第1章29～32頁を参照）。これにはさまざまな背景があったが、特に2つの点を挙げることができる。①前述のように、刑務所については当局者の判断を尊重していた。また、②厳格な審査のためには、規制が宗教活動に実質的な負担を課していることが必要だが、その「実質的な負担」を狭く解して、

13 Douglas Laycock, *Conceptual Gulfs in City of Boerne v. Flores*, 39 WM. & MARY L. REV. 743, 776 (1998).

14 Ira C. Lupu, *The Failure of RFRA*, 20 U. ARK. LITTLE ROCK L. J. 575, 590-91 (1998). 判決一覧は *Id.* at 603-17を参照。下級審判決の傾向については、花見常幸「信教の自由回復法と合衆国最高裁の判断」宗教法17号195頁以下、202-213頁（1998年）も参照。

15 O'Lone v. Estate of Shabazz, 482 U.S. 342 (1987). イスラム教徒が刑務所内での金曜礼拝に参加するために施設外作業の免除を求めたが退けられた（第1章26～27頁参照）。

厳格な審査を避ける傾向があった¹⁶。この状況は新法の成立後も続いたのである。

1. 「実質的な負担」の解釈

1) 宗教の教義と行為との関連

厳格な審査の適用範囲を限定するために多用されたのは、「実質的な負担」の存在を、宗教が禁じる行為を政府が求め、または宗教が命じる行為を政府が禁じている場合にのみ認める手法である。宗教が直接命じていることが問題にならない限り、実質的な負担とは言えないとして、実体判断＝厳格な審査を避けるのである。

Goodall v. Stafford County School Board 事件では、宗教系学校に通う聴覚障害を持つ子供が、教育委員会に手話通訳者を付けるように求めた。判決は、宗教信念が禁じる行為の強制も、宗教が命じる行為の禁止もなく、単なる経済的負担は実質的な負担には当たらないとしている¹⁷。

Cheffer v. Reno 事件では、妊娠中絶に反対する活動家が反対運動に対する規制を争った。クリニック受診自由法 (*Freedom of Access to Clinic Entrance Act*)¹⁸ が定める中絶反対派の実力行使による診療妨害の規制は、中絶反対派の宗教活動の自由を侵害し、宗教の自由回復法に反すると主張したのである。

しかし判決は、①中絶反対派は、中絶は殺人であるとの真摯な信念を持っているが、その宗教活動は、実力による妨害を命じているわけではない。②受診自由法は、実力による妨害にわたらない限り、中絶反対の信念を表現する機会を十分に与えているとの理由から、受診自由法は実質的な負担を課すものではない、と述べた¹⁹。

さらに狭く解するのは、囚人がペンテコステ派の方式による十分な礼拝を求めた *Bryant v. Gomez* 判決である。囚人が主張する礼拝方法を信仰が命じており、それによらなければ宗教の命ずるところを実現できないことを証明していないとして訴えを退けた。その際に、宗教活動に対する負担は、「実質的で、かつ宗教教義の核心となる信条または信念に対する干渉」でなければならないと述べている²⁰。

16 *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association*, 485 U.S. 439 (1988) がその典型で、アメリカ先住民が宗教目的で使用していた地域を通る道路建設の計画は、宗教活動に対する強制には当たらないとして、厳格な審査を加えなかった (第1章25頁を参照)。

17 60 F.3d 168, 172-73 (4th Cir. 1995), *cert. denied*, 516 U.S. 1046 (1996).

18 18 U.S.C. §248.

19 55 F.3d 1517, 1522 (11th Cir. 1995).

20 46 F.3d 948, 949 (9th Cir. 1995).

「宗教が命じる」あるいは「教義の核心となる信条」といった判断要素は、宗教が明確な命令や指示の体系であると見る狭い観念に基づいている。宗教の教典などはしばしば多義的であり、聖職者や信者の間で教義の解釈がさまざまに論じられる場合が多いことを考えると、このような手法は宗教活動の自由の範囲を狭めることになろう²¹。

これに対して、宗教信念を動機とする（にとどまる）行為が関わる場合でも、負担の存在を認める判決がある。

Mack v. O’Leary 事件では、イスラム教徒の囚人が、祭日の儀式を十分に行なえるように求めた。判決は、控訴裁の判断が巡回区によって分かれている状況を整理し、実質的な負担の内容として、「宗教信念の核心となる信条を表わす行為や表現の禁止または抑制、または信念に反する行為や表現の強制」と並んで、「宗教上の動機による行為を抑えるように強いる」ことを挙げている。

負担を広く解する理由として、①カトリック教徒がロザリオを繰って祈ったり、正統派ユダヤ教徒がヤムルカ帽をかぶるように、宗教が命じてはいないが、信者にとっては重要で、その否定が宗教の自由を大きく減じると考えられる行為がある。②宗教が信者に命じていることの解釈・確定の過程が明確な階層的宗教と、そうでない宗教があること、を挙げている²²。ただし、この判断は、必ずしも刑務所関係事件に対する救済を広げるものではない。判決は、連邦議会の立法記録が刑務所当局者の判断を尊重すべきことを指示しており、「囚人訴訟の氾濫」にはつながらない、とも述べているのである²³。

2) 少数派教義の軽視

また、裁判所はしばしば、宗派間の相違を軽視する態度を示した。特に問題となったのは刑務所関係事件であり、礼拝のための時間や場所などについての便宜を当局が提供する場合、一般に主流派・多数派の宗教を念頭に置くことが避け難い。裁判所は、当局者の判断に対する敬讓を背景に、「大は小を兼ねる」的な立場によって少数派宗教の信者の訴えを退けたのである。

Johnson v. Baker 判決は、黒人のイスラム系新宗教 Nation of Islam に属する囚人が通常のイスラム教の儀式に参加せざるを得ないのは、実質的な負担に当たらないとした。教義の違いは、再生 (reincarnation) に関する信念と、礼拝

21 Daniel J. Solove, Note, *Faith Profaned: The Religious Freedom Restoration Act and Religion in the Prisons*, 106 YALE L. J. 459, 477 (1996).

22 80 F.3d 1175, 1179 (7th Cir. 1996).

23 *Id.* at 1180. しかしこの判決は、後述するフローレス判決が下されたために、最高裁で破棄・差し戻された。O’Leary v. Mack, 522 U.S. 801 (1997).

時の身体の位置の2点にとどまるとしている²⁴。

3) 規制が宗教に及ぼす影響

政府の行為が宗教にもたらす影響の性質によって、厳格な審査の適用を限定する手法もある。「禁止」が決定的な影響をもたらすのに対して、「抑制」の場合は、宗教活動に必要な費用は増すものの、活動自体を禁じるわけではない。土地利用に対する規制がその代表例である。そこで、宗教を動機とした行為を抑制する規制の場合は、宗教の自由回復法の適用対象を、その宗教にとって核心となる慣行が関わっているときに限るとしている²⁵。

International Church of the Foursquare Gospel v. City of Chicago Heights 事件では、市が、商業地域のデパート跡地に教会を建設するための特別許可を拒否したことが争われたが、地裁は仮差止めを認めなかった。宗教信念を理由に利益を奪ったり処罰するわけではなく、教会に対する影響は、宗教活動ができる場所の点にとどまる。教会は市街地の6割を占める住居地域に建設できるから、不許可処分は実質的な負担を課すものではないとしている²⁶。

また、*Daytona Rescue Mission Inc. v. Daytona Beach* 事件では、非営利宗教法人が、教会付属施設としてホームレスに食料・宿泊提供施設を建設するための許可を求めたが、地域地区条例が定める「礼拝目的に通常関連する活動」に当たらないとして拒否された。判決は、条例は市の全域で建設を禁じているわけではなく、不許可処分は実質的な負担に当たらないとしている²⁷。

2. 「厳格な審査」の実際

「実質的な負担」が認められ、「厳格な審査」を適用する実体審理に至った事件はあまり多くない²⁸。

a) 刑務所関係

裁判所は、行刑上の利益を評価するに当たり、「事実と資料を質し、刑務所当局に十分な証拠を求める」よりも、「[行刑]方針がいかに推論に基づくものであっても、ほぼ刑務所当局の主張を尊重する、鵜呑み (nonskeptical) の手法」によるが多かったとされる²⁹。それでも厳格な審査によって訴えを認

24 67 F.3d 299 (6th Cir. 1995); see Solove, *supra* note 21, at 478.

25 Lupu, *supra* note 14, at 595.

26 955 F. Supp. 878, 880 (N. D. Ill. 1996).

27 885 F. Supp. 1554, 1560 (M. D. Fla. 1995).

28 敗訴143件のうち101件が、入口審査（実質的な負担）で退けられたという。Lupu, *supra* note 14, at 594 n.86.

29 Solove, *supra* note 21, at 481.

めた刑務所関係の事件は、身体の自律に関わるものであった。

(1)身なり

Luckette v. Lewis 判決は、①ユダヤ教の戒律に従って調理された食事 (kosher) を摂ること、②あごひげを1/4インチ (6 mm) に保つこと、③かぶりもの (headcover) の着用を認める仮差止めを命じた。地裁は、予算や安全に関する当局の主張について、食事はさしたる支出を必要とせず、短いひげが逃亡に悪用されたり、かぶりものの色が房内での暴力事件につながるおそれは少ないとして退けている³⁰。

これに対して Hamilton v. Schriro 判決は、一時は4フィート (120cm) にも及んだ長髪を神からの贈り物と主張するインディアンが争った頭髪規制について、刑務所内の安全と秩序は極めて重要な利益であり、逃亡者の人定や武器の隠匿防止などに有用な頭髪の長さ規制は、もっとも制限の少ない方法であると認めている³¹。

(2)宗教的象徴

Sasnett v. Sullivan 判決は十字架付きネックレスの着用を認めた。十字架が多くのキリスト教徒にとって中心的象徴であり、他方でネックレスは小さくて武器にできず、武器と交換できる価値もなく、仲間を集める目印にもならないため、安全上の問題はないという理由である³²。

(3)医療検診

Jolly v. Coughlin 判決は、人工物の注入は罪であるとして、注射による潜在期結核検診を拒んで医療用独房に収容された者を、独房から開放するように命じた地裁の仮差止命令を支持した。結核の蔓延を防ぐことは極めて重要な利益としながらも、①潜在期検診で陽性反応が出た者が投薬を拒んでも医療用独房に収容されていないのに、本件では3年以上収容が続いていることから、独房収容には極めて重要な利益がない。②制限の少ない方法として、胸部 X 線検査による検診がある、と指摘する³³。

(4)宗教儀式

しかし、宗教活動そのものについて訴えを認めた事件はなかった。前述(1)のシュリロ事件では、インディアン教会の儀式の一つであるスウェット・ロッジ (sweat lodge: ドーム状の小屋。光を遮断した内部で、焼いた石に水を掛け

30 883 F. Supp. 471, 480-82 (D. Ariz. 1995).

31 74 F.3d 1545, 1551 (8th Cir. 1996). 後述(4)も参照。

32 91 F.3d 1018, 1022-23 (7th Cir. 1996), *vacated and remanded*, 521 U.S. 1114 (1997) (フローレス判決に伴う破棄・差し戻し)。

33 76 F.3d 468, 477-79 (2nd Cir. 1996).

て蒸気を満たし、裸になった参加者が数時間にわたって祈るための施設)の禁止についても争われた。

判決は、儀式で使われる道具が武器になる危険や、外からは内部が見えない小屋の中で儀式が行なわれるなど、警備上の問題があり、全面禁止以外の制限的でない方法が示されていないと述べた³⁴。

b) 一般社会関係

(1) 土地利用規制

教会は貧困者に対して衣食住を提供することが多いが、周辺住民からは、騒音や物乞い、盗み、不法侵入などの迷惑行為を恐れて反対の声も上がる。

Western Presbyterian Church v. Board of Zoning Adjustment 判決は、教会によるホームレスへの給食を禁じる土地利用規制委員会決定の差止めを命じた。

地裁は、慈善行為は礼拝に不可欠とする観念が主要な宗教の核心をなす信条であることを前提にして、教会は地域への責任を自覚しており、10年以上にわたって問題を起こさず給食活動が続けてきたことから、将来も近隣住民に危害を及ぼさないように活動がなされるであろうと述べて、委員会の決定に極めて重要な公の利益を認めなかった³⁵。

また、*Jesus Center v. Farmington Hills Zoning Board* 事件では、土地利用規制委員会が、貧困者に衣食を提供してきた教会に対して、宿泊施設の新設許可を拒んだことが問題になった。

ここでも州の控訴裁は、①貧困者への宿泊提供は信仰の表現であり、施設の移転は実質的な負担となると認めた。その上で、②土地利用規制は、重要な財産的利益を保護し、地域で競合する財産の利用を調整する正当な方法であり、委員会の行為は極めて重要な利益の増進であるとしながらも、③教会は申請手続において、市当局と協力して宿泊施設を運営し、地域の不安を和らげる意思を表明していることから、不許可処分はもっとも制限の少ない方法の要件を満たさないとしている³⁶。

(2) 破産財産の保全

In re Young 判決は、破産者からの教会に対する寄付を、破産法による財産回収の対象外とした。破産法は、破産者が破産手続の開始から1年前までに行なった合理的対価を伴わない財産移転を回収できると定めている³⁷。教会へ

34 *Schriro*, 74 F.3d at 1555-56 (8th Cir. 1996), *reh'g en banc denied*, 74 F.3d 1545 (8th Cir. 1996), *cert. denied*, 519 U.S. 874 (1996).

35 862 F. Supp. 538, 544-46 (D.D.C. 1994).

36 544 N.W. 2d 698, 703-05 (Mich. App. 1996).

の献金は合理的対価を伴うとはいえないために、回収の対象になるのかが争われたのである。

判決は、寄付が宗教信念を表明する重要な手段であり、破産法の適用は、破産者の宗教活動に実質的な負担を課すものと認めた。そしてスミス判決以前の判例に照らし、破産手続は、国家や社会の安全、租税の徴収などに匹敵する重要性を持つとは言えず、詐欺的な財産移転を防ぐことに宗教活動の自由の観点から例外を設けても、破産制度を害するものではないとして、破産法の規定に極めて重要な利益を認めなかった³⁸。

(3) 犯罪捜査時の盗聴

Mockaitis v. Harclerod 事件では、殺人容疑で収監された者が司祭に対して行なった告白を検察官が録音していたことが問題となった。

判決は、①録音は、被収監者の告白に介入し、告白者の安心感を脅かすことで、その宗教活動の自由を妨げ、司祭が告白者の望む秘跡を執り行なうことを不可能にすると述べ、②通常の捜査活動によって検察官は望む証拠を入手できるから、録音はもっとも制限の少ない方法ではないとした。しかし、③テープの保管と公表（裁判での利用）については、司祭は不快感を覚えるかも知れないが、被収監者は無実を証明するために公表を望んでおり、司祭も、告白内容の自発的公表があり得ることを承知していると述べ、司祭の宗教活動に対する負担を認めなかった³⁹。

(4) 生徒の武器携帯規制

Cheema v. Thompson 事件では、シーク教カールサ派の子供が、公立学校生徒の武器携帯禁止に対する差止めを求めた。宗教の基本信条が、儀式用ナイフを常に着用することを命じているというのである。

控訴裁は、校内の安全は極めて重要な利益に当たるが、着用の全面禁止だけが生徒の安全を適切に守る手段ではないと述べ、着用方法の制限を条件に登校を認めた地裁判決を支持した⁴⁰。

(5) 稀少動物の保護

United States v. Gonzales 事件では、インディアン教会の宗教儀式に使うハクトウワシを無許可で殺した者が起訴された。地裁判決は、絶滅危惧種法

37 11 U.S.C. §548(a)(2)(A).

38 82 F.3d 1407, 1418-20 (8th Cir. 1996), *vacated and remanded sub nom.* Christians Trustee v. Crystal Evangelical Free Church, 521 U.S. 1114 (1997) (フローレス判決による破棄・差戻し). 1998年の宗教の自由と慈善寄付保護法 (Religious Liberty and Charitable Donation Protection Act) は、教会への寄付を破産財産の範囲外とした (11 U.S.C. §§ 544, 546, 548, 707, 1325)。

39 104 F.3d 1522, 1530-31 (9th Cir. 1997).

40 67 F.3d 883, 885-86 (9th Cir. 1995).

(Endangered Species Act) などの定める許可制に極めて重要な利益を認めたが、許可申請の際に、宗教儀式の名称や、宗教の長老による証明を求めることは、儀式の秘密を害し、過度に宗教情報の開示を求めるものであるから、制限の少ない方法による規制の要件を満たしていないと述べ、被告人による訴え却下の申し立てを認めた⁴¹。

しかし判例は分かれており、United States v. Hugs 判決は、同じ許可制について、ワシの死骸が宗教目的に使われることを保証する「必要最小限の」情報であるとして、被告人の主張を認めていない⁴²。

(6) 養育費支払いの強制

Hunt v. Hunt 事件では、宗教上の理由から父親が養育費の支払いを拒んだことが問題になった。信者である父親は自らの所有物を持たず、共同体のために教会が経営する事業で働いて必要な衣食住を得ていた。また、教会は有責でない離婚を認めず、共同体を離れて生活する子供の扶養を禁じていた。共同体を離れ、後に離婚した妻が養育費の支払いを求め、家庭裁判所の支払命令に従わなかった父親は法廷侮辱罪で収監された。

州最高裁の判決は、①父親は宗教上の理由で家族を扶養できず、扶養義務を果たすために共同体の外で仕事を求めるのは信仰に反すると認めた。また、②親の扶養義務は、子供の生活に安定をもたらす、必要な公的支出を減らし、親の子に対する責任を増進するから極めて重要な公の利益に当たり、他に実際的な方法のない状況にあっては、裁判所による支払命令はもっとも制限の少ない方法であるとした。しかし、③法廷侮辱罪の適用は、教会共同体の外に出られない父親にとって、入獄か宗教信念の侵害かという過酷な選択を強いるとして、法廷侮辱罪による収監命令を破棄・差し戻した⁴³。

(7) 妊娠中絶の妨害活動

厳格な審査によって訴えを退けたものに、クリニック受診自由法が問題となった American Life League, Inc. v. Reno 判決がある。判決は、中絶への反対は、平和的なピケなどによる妨害活動をも必要とするという原告側の主張を容れて、法規制が実質的な負担になることを認めた。しかし、受診自由法は、①公衆衛生の増進や公共の安全の保護といった、極めて重要な利益に仕えており、②暴力や物理的妨害に対象を限定した規制は最小限の規制である、と述べた⁴⁴。

41 957 F. Supp. 1225, 1228-29 (D.N.M. 1997).

42 109 F.3d 1375, 1378-79 (9th Cir. 1997).

43 648 A.2d 843, 851-54 (Vt. 1994).

44 47 F.3d 642, 656 (4th Cir. 1995), cert. denied, 516 U.S. 809 (1995).

3. 不振の事情

判決の多くが宗教の自由回復法による訴えを認めなかった背景として、ルプは裁判官一般に見られる傾向を指摘している。

第1に、裁判官は、およそ一般法の適用免除を求める訴えを快く思っていない。いったん訴えを認めると、認めるものと認めないものの区別がつかなくなり、「なし崩し (slippery slope)」につながることを恐れている。

第2に、宗教が持つ特殊性に対する裁判官の偏見がある。①高等教育を受けた裁判官は、宗教への熱烈な傾倒に対して懐疑的になりがちである。②裁判官は、宗教を騙る詐欺請求の可能性に敏感である。③宗教を理由とする規制の免除が、国教禁止条項に違反する危険を察知する裁判官もいる。④事件の判断に際して、裁判官自身が持つ、宗教に対するさまざまな偏見を分けて考えることが難しい。従って、宗教に対するえこひいきに左右されながら免除を認めるよりも、始めから免除を認めない方がまし、と考える可能性が生まれる…⁴⁵。

このような傾向は、今に始まったものではなく、厳格な審査が公式には採られていた時期から続いていたと言えよう。しかも、宗教活動の自由の分野では、厳格な審査はさほど強力とは言えなかった。にもかかわらず連邦議会は、単純に厳格な審査を復活する法律を制定してしまった。いかなる法律を制定しても、それを運用する裁判官の心理傾向を変えることは難しい。しかも、「実質的な負担」、「極めて重要な公の利益」、「もっとも制限の少ない方法」といった、従来の判例が用いてきたものではあるが、それ自体は抽象的な言葉を用いたために、裁判官は、厳格な審査の要請を骨抜きにして、政府・規制尊重の判断を広範に行なうことが容易になったのである。

このような形で法が運用されるのであれば、宗教側が勝訴することは難しくなる。そればかりではなく、行政側は裁判に持ち込めば勝つ見込みが大きいから、裁判外での協議における宗教側の交渉力も弱まることにもなる⁴⁶。

訴えが認められた事件には、宗教活動の「好ましい」側面に関わるものもあれば、「武器を持つ生徒、ワシ殺し、強情な養育費負担者」のように、少数派宗教の、一般人には受け入れ難い慣行を認めるものもあった。このために、「法の支持派も反対派も、宗教の自由回復法の記録に完全には満足できず、それを無視する傾向がある」と評された⁴⁷。法の目的は権利の保護であって、社会の評判ではない。ただ、成立を推進した側にとって、その効用を喧伝できる

45 Lupu, *supra* note 14, at 593.

46 *Id.* at 597.

47 Lupu, *Why the Congress was Wrong and the Court was Right—Reflections on City of Boerne v. Flores*, 39 WM. & MARY L. REV. 798, 804 n.57 (1998).

結果にならなかったことは確かである。

宗教の自由回復法が長期間にわたって運用されていれば、あるいは裁判官の傾向も変わり、一般社会に法の効用を誇ることができる判決が増えて行ったのかも知れない。しかし最高裁は、そのような時間を与えはしなかった。

第3節 宗教の自由回復法の一部違憲判決

1. フローレス判決

最高裁が宗教の自由回復法を初めて正面から取り扱ったのは、1997年の *City of Boerne v. Flores* 事件であった。教会が、信徒が増えて手狭になった礼拝堂を拡張しようとしたところ、市当局は、歴史景観保存条例を理由に工事の許可を拒否した。そこで教会側は、宗教の自由回復法に基づいて拒否処分の取消を求める訴えを起し、市当局は法の違憲性を主張した。地裁は違憲、控訴裁は合憲と分かれたが、最高裁は6対3で宗教の自由回復法を憲法修正14条5節に反すると判断し、控訴裁判決を破棄した⁴⁸。

a) ケネディ判事の法廷意見は、修正14条5節の解釈について詳論した。1940年以来⁴⁹、連邦憲法が保障する宗教活動の自由は、修正14条1節に言う「自由」に含まれ、州においても保障されるとする判例が確立しているために、この条項が問題となったのである⁵⁰。

「連邦議会は、憲法修正14条が定める実施権限 (enforcement power) に基づいて、極めて広範な射程と実体を持つ宗教の自由回復法…を定め、州に対する要求を課している。修正14条は、『第1節 …州は、合衆国市民の特権または免除を縮減する法律を制定または実施してはならない。州は、何人の生命、自由または財産も、法の適正な手続によらずに奪ってはならない。州は、その管轄下において、何人にも法の平等な保護を否定してはならない。…第5節 連邦議会は、適切な立法によって、本条の規定を実施する権限を有する。』と定める。両当事者は、宗教の自由回復法は、連邦議会が、5節の定める『適切な立法』によって、〔第1節が定める〕憲法上の保障を『実施する』権限を正当に行使したものであるか否か、意見が一致していない」⁵¹。

それでは、連邦議会の行動が「正当な」権限行使とされるのは、いかなる場合なのか。

48 小林祐紀「信教の自由と司法の優越」大沢秀介・大林啓吾(編)『アメリカ憲法判例の物語』597頁以下(成文堂・2014年)は、フローレス判決とその背景の紹介である。

49 *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

50 修正14条における連邦議会の立法権限については、拙稿「権利の『救済』と『実体』」神戸市外国語大学 外国学研究48号39頁以下(2001年)で検討している。

51 521 U.S. 507, 516-17 (1997).

(1) 議会に許されるのは権利侵害の「救済」である

「憲法違反を防ぎ、または救済する立法は、連邦議会の実施権限の範囲内となり得よう。…連邦議会の権限は、修正14条の規定を『実施する』ことにのみ及ぶ。最高裁は、この権限を『救済上の (remedial)』と呼んできた。修正14条の意図と5節の文言は、連邦議会が修正14条による州に対する制約の実体 (substance) を定める権限を持つという考えとは整合しない。宗教活動の自由条項の意味を変える立法は、条項の実施とは言えない。…連邦議会が与えられたのは、『実施する』権限であって、何が憲法違反になるのかを決める権限ではない」⁵²。

(2) 「救済」と「実体」の区別＝損害と救済手段との関連

「損害を救済するために採られる手段は、予防または救済すべき損害に適合 (congruence) していなければならない、また、救済の手段は損害と均衡 (proportionality) している必要がある。そのような関連のない立法は、運用と効果の点で「救済を越えて」権利の実体に及ぶ可能性がある」⁵³。

(3) 権利の実体を決めるのは裁判所である

権力分立について、「修正14条の意図は、連邦議会と司法府との伝統的権力分立を維持することでもある」として、権利章典 (修正1～8条) と同様、修正14条についても、第一次解釈権は司法府にあると述べている。つまり連邦議会は、権利の侵害に対処することはできるが、権利の内容を決めることはできない、決めるのは裁判所だ、と言うのである⁵⁴。その理由は、「連邦議会が、修正14条の意味を変えることで自らの権限を定義できるならば、もはや憲法は『通常的手段では変えられない、最高次の法』ではなくなってしまう。…変動する議会多数派が憲法を変え、憲法5条が定める困難で詳細な憲法修正手続を実質的に逃れることができる」点にある⁵⁵。

(4) 宗教の自由回復法は連邦議会の権限を逸脱する

教会側は、宗教の自由回復法は、スミス判決が定義した宗教活動の自由を保障する合理的方法であると主張した。連邦議会は、宗教信念や慣行を狙い撃ちにす法律に対する救済または予防のため、そして法律の違憲性を証明する困難を避けるために、宗教活動に実質的な負担を課している法律に対処する連邦法を制定したというのである。

そこで法廷意見は、修正14条を実施する手段として制定された投票権法

52 *Flores*, 521 U.S. at 518-19.

53 *Id.* at 520.

54 *Id.* at 523-24.

55 *Id.* at 529.

(Voting Rights Act) との比較から、宗教の自由回復法の違憲性を論じる。

①「立法記録には、一般に適用できる法律が、宗教的偏見のために成立したとする現代の例が欠けている。公聴会で詳述された、我が国における迫害の歴史は、過去40年間に起きた事件には触れていない」⁵⁶。

②「宗教活動の自由回復法は、…目的との均衡をあまりに欠いており、違憲の行動についての対応または予防を企図するものとは理解できない」。投票権法の場合、対象とする地域（人種差別が激しかった地域）、法律（州の投票権法）、禁止される資格要件（読み書き検査など）を限定していたが、宗教の自由回復法の適用には限定がなく、すべての段階の政府、法律及び行為を対象としている⁵⁷。

③法が採用した基準も、目的と適合せず、均衡を欠いている。「州に対して、極めて重要な利益があることを示し、その利益を達成するもっとも制限の少ない方法をとったことの証明を求めるのは、憲法上、もっとも要求の厳しい(demanding) 基準である。…スミス判決の下で有効な法が、宗教の自由回復法の下では…目的にかかわらず、違憲となるであろう。…これは、州の特権と、市民の健康及び福祉のための一般的規制権限に対する連邦議会の重大な介入である」⁵⁸。「数多くの国法が大多数の個人に実質的な負担を課しているのは、現代における規制国家の現実である。一般に適用される法によって、宗教活動が偶然に負担を課されたからと言って、影響を受けた者が他の市民以上に負担を課されたとか、宗教信念のみのゆえに負担を課されたことにはならない」⁵⁹。

こうして法廷意見は、「修正14条の実施権限に関する連邦議会の権限は広範だが、宗教の自由回復法は、権力の分立と連邦の均衡を維持するために必要不可欠な原則と矛盾している」と論決するのである⁶⁰。

b) **スティーヴンス判事の同意意見**は、宗教の自由回復法は国教禁止条項に違反すると主張した。同法の結果、教会は中立的法律の適用免除を認められるが、無神論者や懐疑論者には認められない。これは政府による、非宗教に対する宗教の優遇になるとの理由からである⁶¹。

c) **オコナー判事の反対意見**は、修正14条の解釈については、法廷意見の論理に賛成している。「連邦議会は、憲法上の権利の範囲を、独自に法律によって限定または拡大する資格をもたない」⁶²。しかし、法廷意見が前提としてい

56 *Id.* at 530.

57 *Id.* at 532.

58 *Id.* at 534.

59 *Id.* at 535.

60 *Id.* at 536.

61 *Id.* at 536-37.

るスミス判決については、判例及び歴史上の根拠を欠いているので、「再検討すべきであり、まさに本件でそうすべきであると信じる」として、厳格な審査の復活を主張する⁶³。

反対意見の大部分は建国期の歴史を検討するもので、結論として「我が国の建国者たちは、自主的な宗教的表現を受け入れる共和国を構想したのであり、一般に適用できる法と衝突しない限りでのみ宗教表現を認める世俗社会を構想したのではない。…宗教活動の自由条項は、たとえ信仰者の行為が一般に適用される法と緊張状態にあっても、政府の許し難い干渉なしに宗教活動に参加する権利を積極的に保障したものと理解するのが適当である」と述べている⁶⁴。

d) **スーター判事の反対意見**は、ルクミ判決での同意意見（67頁）を引いてスミス判決を疑問視しながらも、スミス判決の是非について弁論が行なわれなかったことを理由に、本件を再弁論に付さないのであれば、むしろ裁量上告を却下すべきであると主張している⁶⁵。ブライアー判事も再弁論を主張し、修正14条の解釈論に触れる必要はないとの留保を付けながら、オコーナー判事の反対意見に加わるとしている⁶⁶。

フローレス判決は、権力分立の観点から、最高裁が否定した厳格な審査を議会が復活させようとしたことを厳しく批判しており、宗教の自由回復法に対する全面否定とも思われた。しかし、修正14条は州における人権保障に関する規定であるために、同条5節に反するとの判決の結論は、宗教の自由回復法を州や地方自治体に適用することを退けたにとどまり、連邦政府についての適用まで否定してはいないと解する余地も残されていた。この問題は、後に最高裁の判断を受けることになる（後述104～106頁）。

2. 学界の反応

宗教の自由回復法の制定を推進し、フローレス事件では教会側の代理人とし

62 *Id.* at 545.

63 *Id.* at 548.

64 *Id.* at 564. これに対してスカリア判事の一部同意意見（スティーヴンス判事が同調）は、歴史研究は免除の可否をめぐって分かれていることを指摘した上で、宗教活動の自由が免除を命じたとするのはあり得る解釈の一つに過ぎないと述べ、建国期に免除を認めた判例が連邦にも州にもないことを考えると、むしろ歴史分析はスミス判決を支持していると反論する（*Id.* at 537-38, 542-43）。ただ、スミス判決と同様、免除の可否を決めるのは裁判所ではなく「人民」であると述べている（*Id.* at 544）が、宗教の自由回復法が、人民の代表者である連邦議会の立法であることをどのように説明するのであろうか。

65 *Id.* at 565-66.

66 *Id.* at 566.

て最高裁で弁論にも立ったレイコック (D. Laycock) は、合憲論と違憲論の間には激しい原理上の対立があったことを指摘しながら、以下のように判決を批判した。

①法廷意見は、裁判所の憲法解釈を超えて権利を保障する法律は実施権限の逸脱としているが、平等保護に関する判例は、1982年投票権法（最高裁判決を覆して少数派人種に有利な選挙区の設定を認めた）や、1964年人権保護法 (Civil Rights Act) 第7編（少数派人種や女性に対する不当な雇用差別を禁じた。宗教差別については第3章で詳述する）のように、広範な権利を保障する法律を支持している。最高裁が実施権限の逸脱と判断した *Oregon v. Mitchell* 判決⁶⁷ は、不安定な多数派によるものであった⁶⁸。

②連邦制と連邦議会の役割の捉え方が異なる。違憲論は、強力な中央（連邦）政府が自由への脅威であると考えられていた合衆国憲法制定当時の発想だが、合憲論は、連邦議会が南部を抑えて人種差別の撤廃を始め、自由の保障に主要な責任を持つようになった南北戦争後の変革を前提としている⁶⁹。

③従来の判例は、裁判所が州の裁量を制限し、人民の自由について「床（下限）」を設定するものであった。これに対してスミス、フローレス判決は、州の裁量を拡大し、連邦は州権の拡大によって拘束されるとしており、連邦による、州における自由の保障に「床と天井」という上下の限界を設けてしまった。これは修正14条の制定者意思に反する。南北戦争直後の連邦議会は、当時の保守的な最高裁には期待せず、連邦議会の「適切な立法」による実施権限を盛り込んだのである⁷⁰。

④法廷意見は、連邦議会に許される「救済」と「実体」を区別する基準として、目的（権利侵害の救済）と救済手段との適合と均衡を挙げているが、これは法律の必要性に関する裁判所の判断に依存する。しかし、裁判所が必要性という程度問題を判断するのは、最高裁が社会経済立法を積極的に審査していた1937年以前の状況の再来である⁷¹。

⑤スミス、ルクミ判決は、行政が個別に申請を審査する場合、宗教上の理由による不利な処分には裁判所が厳格に審査する可能性を示しているが、行政に

67 400 U.S. 112 (1970). 全国的に選挙権年齢を18歳に引き下げる連邦法を、州や地方自治体については違憲とした。しかし票決では、連邦および州に対する適用のいずれも合憲とする判事が4人、いずれも違憲とする判事も4人となり、残るブラック判事の意見が、同調する判事がいないにもかかわらず判決の結論となったのである。結局、翌年の憲法修正26条により選挙権年齢の引き下げを実現した。

68 Laycock, *supra* note 13, at 748-57.

69 *Id.* at 759, 762.

70 *Id.* at 764-66.

71 *Id.* at 770-71.

よる審査過程における判断について立証することは難しい。少数派宗教に対する反感は強く、偏見による行政判断の危険は大きい。宗教の自由回復法は、立証負担を軽減する点で意義があった。法廷意見は、宗教に対する最近の抑圧の例が立法記録にないと述べているが、敵意を向けられているのは、いわゆるカルト宗教や、ルクミ事件でのサンテリア教会のような少数派・不人気宗教であり、議会の多数派を立法に向かわせるには、宗教の自由という「最高次の原則」を掲げ、近年の抑圧に言及しない必要があった⁷²。

⑥土地利用規制は宗教に関して中立に見える法規制だが、新宗教に対する敵意を背景にした差別の余地（教会新設時など）が大きい。本件で問題となった歴史景観保存も、教会が対象になる可能性が強く、指定を受けると、教会を拡張して信者の要望に応えたり、処分して移転することも難しくなり、宗教には不利な規制である。判決はこの点を軽視している⁷³。

これに対して、違憲論を唱えてきたアイスグルーバーとセイジャー（C.L. Eisgruber & L.G. Sager）は、スミス判決を基本的に正しいと認めてフローレス判決を評価した。

①修正14条5節の実施権限の解釈については、立法に当たる連邦議会の判断を尊重しながら、立法が憲法上の目的に適応し、憲法の文言及び精神と調和することを求めている点では以前の判例とさしたる違いはない。判決は、実施権限の解釈よりもむしろ、宗教の自由回復法が求めた厳格な審査を「憲法上の変則」（スミス判決）として退けた実際上の効果の点で重要である⁷⁴。

②スミス判決以前の基準とされてきた厳格な審査は、実際には適用されないことも多く、ガンサー（G. Gunther）が表現の自由に関連して評したように「理論上は厳格、実際には致命的な」⁷⁵ ものではなく、宗教活動の自由においては「理論上は厳格、実際には極めてひ弱な」状態にあった。スミス判決が、一貫性と原則を欠いた審査を退けたことに賛成する⁷⁶。

③宗教の自由回復法には、国教禁止条項違反の可能性がある。宗教を理由とする請求にのみ規制の免除を認めており、平等あるいは宗教に対する優遇禁止の観点から正当化することが難しい。判例は、表現の自由に対する付随的負担

72 *Id.* at 772-75, 777.

73 *Id.* at 780, 789-91.

74 Christopher L. Eisgruber & Lawrence G. Sager, *Congressional Power and Religious Liberty after City of Boerne v. Flores*, 1997 SUP. CT. REV. 79, 96-98.

75 Gerald Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term—Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972)での有名な評言。

76 Eisgruber & Sager, *supra* note 74, at 99-101, 103-04.

には、厳格な審査を適用していない⁷⁷。

④権力分立の点でも問題がある。宗教の自由回復法は、「裁判官に対して、法の用語を自分自身の最善の判断に反する方法で解釈するように命じている」。「連邦議会は、司法府に対して、司法府が不可能と宣告した…ことをせよと述べただけである。それは連邦議会による通常の立法方法ではなく、そうすることには何の正統性もない」⁷⁸。

ゲディックス (F.M. Gedicks) は、規範的論拠からはともかく、20世紀の法文化では、宗教による請求のみに対する免除を理論的に正当化することはできないと論じた。

①憲法は多くの権利を列挙しており、宗教活動の自由が含まれているからと言って、免除を認めているとは言えない⁷⁹。

②制憲者意思を論拠とする者の主張も、「免除は当時知られていなかったわけではなく、従って宗教活動の自由条項が免除を含んでいるとの理解には矛盾しない」という程度にとどまり、批判も多い⁸⁰。

③免除は信者の「神と国家に対する忠誠の衝突」を取り除くとする議論は、過大かつ過小包摂である。神の命に従わない者が死後に罰されることを否定する信者は多い（過大包摂）。他方、非宗教的信条を持つ者が、精神的苦痛に苦しむことがある（過小包摂）。個人の自律を志向する自由主義は、選択の対象（宗教か非宗教か）ではなく、選択の自由に価値を認めている⁸¹。

④宗教を特別に保護することで、暴力や社会秩序の破壊を避けられるとする議論は、宗教への抑圧が、暴力によらない差別や、敵意を持った冷淡さといった形で現れる現代では通用しない。現代型の抑圧は人種差別にも深く関わっているが、人種差別に関する審査基準以上の保護を宗教に認める（差別の意図の存在を立証する必要がない）のは均衡を失する⁸²。

⑤宗教は社会の善に寄与する独特の存在であるという主張もあるが、宗教と宗教人が倫理性を独占しているわけではない⁸³。

77 *Id.* at 112, 122.

78 *Id.* at 135-36.

79 Frederick Mark Gedicks, *An Unfirm Foundation: The Regrettable Indefensibility of Religious Exemptions*, 20 U. ARK. LITTLE ROCK L. J. 555, 559 (1998).

80 *Id.* at 560.

81 *Id.* at 562-63.

82 *Id.* at 564-65.

83 *Id.* at 566-67.

3. 「厳格な審査」の行方

1) 最高裁(1990年代)の意見分布

1990年代の3つの判決を通じて、最高裁は厳格な審査を大部分の領域で放棄する態度を堅持した。スミス判決の票決は5対4であったが、フローレス判決は6対3で、この流れは強まったとも言えよう。

1994年から2005年の長期にわたり、最高裁判事の構成に変動はなかったが、当時、宗教活動の自由条項に対する最高裁判事の意見は次のように分かれていた。

- a) 行政判断を尊重・厳格な審査の放棄（5人：レーンクイスト長官、スカリア、ケネディ、トーマス、ギンズバーグ）。
- b) 国教禁止条項（宗教優遇禁止）を強調・厳格な審査に反対（スティーヴンス）。
- c) 宗教活動の自由を強調・厳格な審査の復活（2人：オコナー、ブライアー）。
- d) 厳格な審査に好意的と思われるが、結論を留保（スーター）。

アイスグルーバーとセイジャーは、最高裁は、平等を重視する立場から、宗教条項の2つの要素を収斂する方向に移っていると見る。国教禁止条項では、宗派学校の生徒に対する財政援助を緩やかに認めるようになっており、宗教活動の自由条項では、前述の立場が固まっている。そこで、「最高裁は、世俗か宗教か・主流か傍流かにかかわらず、すべての個人の深い傾倒（commitments）を平等に扱うという政府の基本的義務を、次第に強調するようになっている」と言うのである⁸⁴。

2) 「厳格な審査」は不可欠なのか

宗教の自由回復法が否定され、スミス判決が示した方向が続くのは、一見すれば宗教活動の自由に不利な状況である。しかし他方で、個別の立法による対処も行なわれている。軍隊内での宗教衣装への配慮や、先住アメリカ人によるペヨーテ儀式の保護を定める連邦法がその例である⁸⁵。

ルプは、宗教の自由回復法が期待に反する結果に終わったことを指摘しながら、「宗教の自由は近い将来に、より適切な保障を受けることになるだろう」と述べる。

①アメリカの法文化は、政府による宗教迫害からの自由という思想に共感を示しており、法制度も、明白で意図的な弾圧には敏感になっている（ルクミ・ババル判決）。

②スミス判決には最高裁判事にも反対論があり、今なお続いている。最高裁

84 Eisgruber & Sager, *supra* note 74, at 123.

85 *Id.* at 135.

は、連邦議会が裁判所の憲法解釈を覆すことを認めるよりも、自らの判断を再検討する可能性の方が大きい。

③法律家や学界は、スミス判決の積極的な可能性（申請の個別審査、「複合」請求、非中立規制の場合には厳格な審査の余地がある）を見出していくであろう⁸⁶。

「複合」請求の例に、宗教学校における宗教教員の雇用関係の問題がある。

Powell v. Stafford 判決で地裁は、カトリック高校によるカトリック神学教員の雇用更新打ち切りに雇用年齢差別法を適用するのは、宗教関係に介入する点で宗教活動の自由及び国教禁止条項（過度の関わり合いの禁止）に反するとした⁸⁷。

EEOC v. Catholic University of America 判決も、カトリック大学が尼僧に長期在職権（tenure）を拒否したことについて、宗教関係の雇用は人権保護法第7編が定める性差別禁止の例外であり、法の適用は宗教活動の自由に反し、雇用機会均等委員会による調査は国教禁止条項に反するとした⁸⁸。いずれも宗教の自由回復法を適用しているが、修正1条違反をも論じている。

宗教の自由回復法を適用せずに宗教側の主張を認めた事件もあった。

Rader v. Johnson 判決は、新入学生に入寮を義務づける州立大学規則は、宗教活動の自由を侵害するとした。原告は宗教の自由回復法の適用も求めたが、地裁は、規制が宗教に中立でないときには、そもそも「実質的な負担」の存在を立証する必要がないとの理由で、専ら憲法解釈を論じた。さまざまな理由から入寮規則の例外が学生の3分の1近くに認められており、宗教を理由による例外を認めないのは中立な規制に当たらないとして厳格な審査を行ない、入寮の強制には極めて重要と言える利益がないと述べている⁸⁹。

Keeler v. Mayor and City Council of Cumberland 事件では、歴史保存地区にある修道院と礼拝堂を改築するために必要な解体許可の拒否が争われた。

地裁判決は、宗教の自由回復法は権力分立違反で違憲と判断した。他方で条例が歴史保存の例外として市の利益や所有者の保護などを挙げていることを理由に、申請の個別審査を認める規制として厳格に審査した結果、条例に極めて重要な利益を認めず、宗教活動の自由を侵害し、州憲法にも反すると述べた。また、解体を拒否して保存を命じるのは、連邦憲法修正5条が禁じる「補償のない財産収用」に当たるともいう⁹⁰。

86 Lupu, *supra* note 14, at 598-99. ②の観測は、現在に至るまで実現していないが。

87 859 F. Supp. 1343 (D. Colo. 1994).

88 83 F.3d 455 (D.C. Cir. 1996). 後述第4章162頁も参照。

89 924 F. Supp. 1540 (D. Neb. 1996).

宗教の自由回復法だけでなく、連邦及び州の憲法の諸条項も、宗教側の主張を認めるために用いられたことを指摘して、ルプは言う。宗教側の勝訴が示しているのは、「宗教が重大な害悪を被り、害悪を加える州の利益が弱いときに、裁判所が対立する公正の観念を判断して宗教を保護する能力」である。裁判官が、「『真に共感を示す』事件で宗教に有利な判決を下すことも、『真に冷淡な』事件で解釈によって宗教の自由回復法を弱めることも、同様に起こり得る」。そして、「宗教による免除がもっともうまくいくのは、免除を支配する法が、コモン・ローの方法に深く根ざし、事実限定され、すべてを包括する規範とは弱い結びつきにとどまる場合ではないか」⁹¹ — 「事件ごとの利益衡量 (ad hoc balancing)」の推奨である。

これは、やや楽観的に過ぎる見方ではなかろうか。判例が示すのは、宗教の自由回復法を適用したにせよ、中立で一般に適用される規制でないと判断したにせよ、規制の免除を認める上で厳格な審査が果たした役割は大きいということである。他方、この分野で見られたのは、厳格な審査がかえって重荷となり、十分に機能しなかったという事実である。

もし「実質的な負担」といった入口要件を外して直ちに厳格な審査を求める法を制定したとすれば、今度は、「厳格な」審査そのものの操作や緩和が起こったのではなかろうか。厳格な審査を一般的な審査基準として予め設定することは必ずしも望ましい結果を生まない、という意味ではルプの主張は正しく、そのように考えると、厳格な審査の適用を限定したスミス判決の方向は、一概に否定すべきではないのかも知れない⁹²。

第4節 宗教に関する土地利用及び施設収容者法の登場

1. 宗教の自由保護法案の挫折

スミス判決と同様に、フローレス判決も政治家、宗教団体、憲法学者から厳しく批判された。判決の直後に開かれた連邦議会の公聴会では、レイコックを含む証人が判決を批判し、憲法修正や新規立法を唱える世論もあった⁹³。その中から現れたのが、宗教の自由回復法の復活を図る「宗教の自由保護法案

90 940 F. Supp. 879 (D. Md. 1996).

91 Lupu, *supra* note 14, at 600-01.

92 Gedicks, *supra* note 79, at 572-73は、スミス判決の結果、宗教行為に対する付随的規制には合理性の基準が適用されてしまうが、表現の自由と同様の基準を検討すべきである、と中間的解決を説く。その際に *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968) (徴兵登録証明書を焼き捨てた行為の処罰について、規制が重要な利益の促進に必要で、自由の制約が利益の達成に必要な限度を越えていないことなどを求めた) を参照例に挙げている。

93 See Linda Greenhouse, *Law Are Urged to Protect Religion*, N. Y. TIMES, July 15, 1997, at A15 (公聴会の報道); Lupu, *supra* note 47, at 798 n.4.

(Religious Liberty Protection Act)」である。しかし、新法制定に至る道は紆余曲折をたどった⁹⁴。

1) 新法制定の根拠

違憲判決は修正14条の定める連邦議会の権限逸脱を理由としていたために、新法制定に際してはそれ以外の根拠を求める方向が探られた。

第1の根拠は、国際連合が1966年に採択した市民的及び政治的権利に関する国際規約 (the International Covenant on Civil and Political Rights) である。

「18条1項 すべての者は、思想、良心及び宗教の自由についての権利を有する。この権利には、自ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自由並びに…礼拝、儀式、行事及び教導によってその宗教又は信念を表明する自由を含む。

3項 宗教又は信念を表明する自由については、法律で定める制限であつて公共の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道徳又は他の者の基本的な権利及び自由を保護するために必要なもののみを課することができる。」

アメリカは1992年に至って規約を批准したが、上院は、規約を実施する際には国内法の制定が必要であるとした。新法制定推進派にとって有利だったのは、条約を実施するための法律であれば、憲法が明文で禁じていない限り、州の権限に属する事柄も規制できるという古い判例⁹⁵ の存在であった。この手法を用いれば、フローレス判決、つまり修正14条5節の問題も素通りできることになる。しかし、保守派には条約や国際法を用いることに対する強い反感もあり、政治家はこの点に配慮して、条約を実施するための法律を見送った⁹⁶。

第2の根拠は、憲法が連邦議会の権限としている州際通商規制である。

「1条8節3項 外国との通商並びに各州間及びインディアン部族との通商を規制すること。」⁹⁷

1964年人権保護法 (Civil Rights Act of 1964) の第2編は、宿泊施設や食堂での人種差別を全国的に規制したものだが、州際通商に及ぼす悪影響を立法の根拠としており⁹⁸、最高裁も合憲と判断していた⁹⁹。

94 JEROLD L. WALTMAN, RELIGIOUS FREE EXERCISE AND CONTEMPORARY AMERICAN POLITICS (2011) は、2000年の新法制定に至るまでの過程を中心に扱っている。

95 Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920).

96 WALTMAN, *supra* note 94, at 52-53 (2011).

97 U.S. CONST. art. I, § 8, cl.3.

98 人種差別を禁じるために定められた修正14条を連邦議会が（少なくとも形式上は）用いなかったのは、1883年の Civil Rights Cases 判決 (109 U.S. 3) が、同条を州（公権力）に対する規制であると狭く解釈し、私人間での黒人差別を禁じる1875年人権保護法を違憲と判断していたためである。

しかし1990年代以降、最高裁は州際通商条項の利用について厳格な解釈を採るようになっていた。1995年の *United States v. Lopez* 判決は、学校周辺での銃所持を規制する法律（*Gun Free School Zone Act of 1990*）を、州際通商条項が認めた連邦議会の権限を逸脱すると判断した。教育が州際通商に与える影響は、銃規制の根拠としては薄弱だというのである¹⁰⁰。後には2000年の *United States v. Morrison* 判決も、女性に対する暴力の規制を強化する法律（*Violence against Women Act of 1994*）が州際通商条項を根拠としたことを違憲としている¹⁰¹。これらの判例は、連邦法によって州や地方自治体における人権保護を図る政策の手段を狭める結果をもたらした。そして、同様の発想に立つ新法の制定根拠を危うくするものでもあった。

第3の根拠は、憲法1条8節1項の歳出条項である。

「連邦議会は、次の権限を有する。…合衆国の債務を支払い、共同の防衛及び一般の福祉のために支出すること。」¹⁰²

連邦は、補助金などのさまざまな形で州や地方自治体に資金を提供している。歳出権限法によって資金提供の際に条件を付けることも、長らく行なわれてきた。この慣行を利用すれば、連邦の資金提供を受ける施策については、宗教活動に負担を課す場合には厳格な審査に服させることも可能になるというわけである。実際に、1964年人権保護法第6編¹⁰³や、学校施設平等利用法（*Equal Access Act of 1984*）¹⁰⁴などで用いられてきた。ただ、この手法は、刑事施設や学校を始めとする公の施設が関わる場合には用いることができるが、フローレス判決などで問題になった、宗教団体による土地利用に対する規制は対象外になってしまう。地域の規制委員会による判断で行なわれる土地利用規制には、基本的に連邦の資金援助は無いからである。

結局、修正14条5節が再び持ち出された。レイコックを始めとする新法推進派は、フローレス判決は、宗教の自由回復法を支える立法事実が乏しいと判断したもので、同種の立法そのものを排除したわけではないと解したのである¹⁰⁵。

99 *Heart of Atlanta Hotel*, 379 U.S. 241; *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964). 州際通商条項については、木南敦『通商条項と合衆国憲法』（東京大学出版会・1995年）、辻雄一郎「連邦主義と州際通商条項—少数者という視点から」関西大学法學論集59巻3・4号105頁以下（2009年）を参照。

100 514 U.S. 549, 558-59 (1995)（レーンクィスト長官の法廷意見）。

101 529 U.S. 598 (2000)（同上）。

102 U.S. CONST. art. I, § 8, cl.1.

103 42 U.S.C. §§2000d to 2000d-7. 連邦の資金援助を受ける施策における差別を禁じた。

104 20 U.S.C. §§4071 to 4074. 連邦の補助を受ける学校が、生徒の課外活動について教室の使用を認める場合には、集会における言論の内容（宗教、政治、哲学など）を理由にした差別を禁じた。国教禁止条項を理由に、州立大学が学生の宗教活動に施設の利用を認めなかった措置が問題になった *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981) 判決が制定の契機である。

こうして連邦議会は公聴会などを通じて、宗教活動の自由に実質的な負担を課する事例の情報を集めることになった。

2) 新法反対派

宗教の自由回復法の制定に反対した人々は、基本的に同法の復活となる新法の制定にも反対した。

第1は、新法が日常業務に支障をきたすことを恐れた刑務所などの刑事施設管理者や地方自治体関係者であったが、その動きは散発的で広がりを見せなかった¹⁰⁶。

第2は、法律によって厳格な審査を復活させることを疑問とする法学者である。フローレス事件の最高裁口頭弁論で、行政側の代理人として宗教の自由回復法の違憲論を展開したハミルトン (M.A. Hamilton) や、アイスグルーバーとセイジャー (82～83頁を参照) はその代表格であり、議会公聴会でも反対の立場から証言した。ここではハミルトンの所論を紹介する。

ハミルトンの違憲論は主に連邦議会の権限に関わっている¹⁰⁷。①新法は、連邦議会が最高裁判決を覆すもので権力分立を害する。②憲法5条の定める憲法修正手続の潜脱である。③ロペス判決などの判例の傾向から考えると、州際通商条項も歳出条項も、州や地方自治体を対象とする連邦法の根拠とはならない。④州や地方自治体の裁量を奪うもので、連邦制に反する。

また、新法制定によって被害を受ける集団を列挙した。①宗教の名目で虐待される子供、②男性に支配される女性、③医療を受けられない子供、④差別禁止法で保護されてきた障害者、女性、少数派、同性愛者、④刑事施設の秩序維持に努める職員、⑤歴史景観を保護する利益、⑥土地利用の規制に努める近隣地域、⑦公立学校の秩序と安全の維持に努める学校委員会、⑧あらゆる宗教に対する配慮、または配慮を拒んだ結果の訴訟から生じる負担を強いられる州及び地方自治体職員、⑨新法が認める弁護士費用によって急騰する訴訟費用を負担する市民¹⁰⁸ …。スミス判決のスカリア法廷意見を思い起こさせる弊害の並べぶり¹⁰⁹ である。おそらく、聖職者や宗教学校教員といった宗教関係者による子供の虐待に対する憤りが主張の背後にあったものと思われる¹¹⁰。このうち、宗教活動の自由に名を借りた差別や虐待によって弱者や少数派の権利が蔑ろに

105 WALTMAN, *supra* note 94, at 58, 60-61.

106 *Id.* at 85-88.

107 ハミルトンの論稿は長文が多いが、簡明なものとして Marci A. Hamilton, *The Religious Freedom Restoration Act Is Unconstitutional, Period*, 1 U. PA. J. CONST. L. 1 (1998) がある。

108 下院司法委員会憲法小委員会公聴会記録 (1998年6月16日) の43頁 (http://www.justice.gov/jmd/lis/legislative_histories/pl106-274/hear-134-1998.pdf) (2014年8月28日閲覧) を参照。

されるとの主張は、結果として法案に致命傷を与えることになった。

ここで宗教の自由回復法の制定時とは異なり、第3の反対勢力として人権団体が現われる。ハミルトンが危惧した「新法の被害者」のうち同性愛者の団体が、法案が州や地方自治体の人権保護法制に及ぼす影響に不安を抱き始めた。雇用や住居に関する差別禁止によって得られたばかりの利益が、使用者や家主が宗教の自由を持ち出すことによって再び奪われることを警戒したのである¹¹¹。例えば、同性愛者や未婚の2人による借家契約に対する人権保護法制の適用が、「極めて重要な公の利益」を実現する「最小限の手段」として認められるのか、当時は曖昧な状況であった¹¹²。

1999年5月初めにアメリカ自由人権協会（ACLU）は、宗教の自由保護法案への支持を撤回した。宗教の自由回復法を制定する際には、ACLUを含む多くの団体から政治上の立場の相違を越える支持があった。ところが新法案については、広範な連合に亀裂が生じたのである。7月には全米黒人地位向上協会（NAACP）の弁護士基金が法案反対を表明した。やがて障害者団体や宗教団体にも反対の動きが広がる。その背景にあったのは、宗教右翼による同性愛者の権利排撃運動に対する懸念ないし反発であった¹¹³。

それでも法案は7月に下院で可決されたが、秋には上院の審議で行き詰まってしまう。新法推進派は、宗教の自由回復法を復活させる一般法の制定を断念せざるを得なくなった。そこで推進派は方針を転換して、一般法ではなく、具体的な分野に絞った法の制定を目指した。

反対論を詳細に展開したのが MARCI A. HAMILTON, *GOD VS. THE GAVEL: RELIGION AND THE RULE OF LAW* (2005) であり、宗教活動の自由を一般法によって強力に保障することを批判する。しかし Douglas Laycock, *A Syllabus of Errors*, 107 MICH. L. REV. 1169 (2007) (book review) は、「支離滅裂で矛盾し、誤りに満ちた長広舌」であるとして題名通りに間違いを列挙し、「学者の最低限の義務である…事実の正確さと知的誠実さ」を備えていない (*Id.* at 1187) と酷評した。弁護士・運動家として振る舞う書物に見えたのであろう。

109 第1章58頁注220を参照。

110 HAMILTON, *supra* note 108, at 12-49は具体的問題の筆頭として詳論する。また *Id.* at 300-01 は、宗教を理由にした医療ネグレクトの免責規定が、ある事件を契機に世論の非難を受けたにもかかわらず存続した顛末を、宗教勢力の策動による不適切な免除の例として指摘する。

111 WALTMAN, *supra* note 94, at 99-100.

112 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) は、同性間の性行為は憲法修正14条で保護される「自由」に含まれず、これを処罰しても憲法に違反しないと判断した。同判決が覆されたのは2003年 (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558) である。また、「結婚」を異性間に限るとした1996年の連邦法 (*Defense of Marriage Act*) に対する違憲判決は2013年 (*United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675) であった。

113 WALTMAN, *supra* note 94, at 101, 108.

3) 法案の縮小再編

法案審議の公聴会などを通じて、土地利用規制や刑事施設に関しては、宗教活動の自由を侵害する事例が多く集められていた。

土地利用規制は、宗教団体による礼拝や集会などの宗教活動や、貧困者に対する宿泊所や食事の提供などの慈善事業のために必要となる、建物の建設や拡張、既存の建物の利用に際して問題になる。

土地利用規制は主に個別の審査によって運用され、明確な基準がないことも多い。その結果、主観的な行政裁量により、新宗教や少数派宗教に不利な傾向が見られた。信者数が合計で人口の9%にとどまる少数派教団による訴訟が、教会建設関連訴訟の5割に達するとされた¹¹⁴。また、各地の規制委員会や近隣住民による判断には、黒人教会やシナゴグに対する建設不許可など、人種や民族差別も関わる事例がある。

宗教団体を世俗団体より不利に扱うこともあった。①最初から教会建設を排除する地域も多い¹¹⁵。②劇場や集会所のような世俗目的で多くの人が集まる建物の建設は許可しても、教会は許可しない。③集会のための店先賃貸や廃校の利用、または葬儀場、劇場やスケートリンクなどの転用は、世俗目的では許可しても教会には認めない、などである¹¹⁶。

刑事施設では職員が無用に宗教の自由を規制し、恣意的な規則を課す例が示された。ユダヤ教徒に過ぎ越しの祭り（Passover）でイーストなしのパン（matzo）を認めない、安全上の問題がないのに十字架など小さな宗教装飾を認めない、聖公会（Episcopal）信者に礼拝出席を認めても聖餐は認めない、カトリック囚人の司祭に対する告解を録音する、などである¹¹⁷。

このような分野では、同性愛者などの権利と衝突するおそれも少ない。先の法案に対する支持を撤回した団体による協力も期待できる。こうして、互いには関係がない2つの領域を対象とする法律の制定に至ったのである。

2. 宗教に関する土地利用及び施設収容者法の成立

2000年に連邦議会は上下両院とも全会一致で「2000年宗教に関する土地利用及び施設収容者法（Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000＝RLUIPA）」を制定した〔以下、本節及び次節では「法」と呼ぶ〕。宗教

114 H.R. Rep. No. 106-219, 106th Cong., 1st Sess., at 20 (1999) (宗教の自由保護法案に関する報告書)。

115 *Id.* at 24.

116 146 Cong. Rec. S7775-76 (July 27, 2000) (宗教に関する土地利用及び施設収容者法案の共同提出者であるハッチ及びケネディ両上院議員による共同声明)。

117 146 Cong. Rec. at S7776.

団体による土地利用に対する規制や、刑事施設などに収容されている者による宗教活動の制約については、一般に適用される法規制であっても厳格に審査することを定めている。

主な内容は以下の通りである¹¹⁸。

(1) 宗教活動を目的とした土地利用の保護

政府¹¹⁹ は、極めて重要な政府の利益を、もっとも制限の少ない手段によって増進するためであることを証明しない限り、人（宗教集団または団体を含む）の宗教活動¹²⁰ に実質的な負担を課すような方法で土地利用規制¹²¹ を課し、または実施してはならない（2条(a)(1)）。

規定は次の場合に適用される。①実質的な負担（一般に適用される準則によるものを含む）が、連邦の財政支援を受ける施策や活動によって課されるとき。②実質的な負担が、外国、州際またはインディアン部族との通商に影響を及ぼすとき。③申請された土地利用について、政府による個別の審査を認める規制において実質的な負担が課されるとき（2条(a)(2)）。

政府は、宗教集団または団体に関する土地利用規制に際して、次のことをしてはならない。①非宗教集団または団体より劣る条件で扱うこと。②宗教を理由に差別すること。③管轄権から排除または制限すること（2条(b)）。

(2) 施設に収容されている者の宗教活動の保護

政府は、極めて重要な政府の利益を、もっとも制限の少ない手段によって増進するためであることを証明しない限り、一般に適用される準則によるときであっても、施設¹²² に居住または収容されている人の宗教活動に実質的な負担を課してはならない（3条(a)）。

規定は次の場合に適用される。①実質的な負担が、連邦の財政支援を受ける施策や活動によって課されるとき。②実質的な負担が、外国、州際またはインディアン部族との通商に影響を及ぼすとき（3条(b)）。

(3) 勝訴した当事者については、裁判所の裁量により、合理的な範囲の弁護士費用が敗訴者の負担する訴訟費用に含まれる（4条(d)）。

(4) 同法は国教禁止条項に影響しない（6条）。また、宗教の自由回復法を改

118 42 U.S.C. §§2000cc to 2000cc-5.

119 州、郡、地方自治体、それらの関連機関など（8条(4)）。

120 「宗教活動」の語は、宗教信念の体系が命じる、またはその核心となるか否かに関わらず、あらゆる宗教の活動を含む（8条(7)(A)）。宗教活動を目的とする不動産の利用、建設または改装も、宗教活動とされる（8条(7)(B)）。

121 地域地区規制（zoning）または歴史的建造物保護に関する法やその適用で、権利主張者による土地の利用または開発を制限するもの（8条(5)）。

122 施設収容者人権保護法（Civil Rights of Institutionalized Persons Act）が適用される、州や地方自治体が運営する刑事施設、障害者・老人・児童養護施設など（42 U.S.C. § 1997）。

正して、州や地方自治体を正式に適用対象から除いた（7条）。

3. 土地利用規制

法が制定されてから14年が過ぎようとしている。連邦、州、地方自治体のいずれにも適用される法としては、宗教の自由回復法（現在は連邦のみに適用）よりもはるかに長命となった。そして、同法よりも成果は上がっているとの評価もある。

連邦司法省による法律制定10周年記念報告書は、「個人や団体が、宗教活動を建物の建設、拡張や財産の利用を通じて行なう際に、宗教の自由を守り、宗教による差別を防ぐ上で劇的な効果があった」としている¹²³。

司法省も法を実施するため積極的に活動している。①問題が生じた際に調査を始め、その際に地方当局に対して情報提供などを行なう（2010年までに51件）¹²⁴。②司法省が自ら訴えを起こす（7件）。③裁判で法解釈について意見書を提出する（10件）。④裁判で法の合憲性を主張する（30件）。

報告書は裁判で訴えが認められたものとして、礼拝の場所¹²⁵、宗教学校¹²⁶、教会によるホームレス宿泊所¹²⁷、グループホーム¹²⁸、薬物・アルコール中毒治療施設¹²⁹、貧困者無料食堂¹³⁰、民間の建物での宗教集会¹³¹を挙げている。とは

123 U.S. DEPT OF JUSTICE, REPORT ON THE TENTH ANNIVERSARY OF THE RELIGIOUS LAND USE AND INSTITUTIONALIZED PERSONS ACT 5 (http://www.justice.gov/crt/rliupa_report_092210.pdf) (2014年9月13日閲覧)。

124 内訳は少数派人種系キリスト教15、白人系キリスト教14、イスラム教7、ユダヤ教6、仏教3など (*Id.* at 6)。

125 *Guru Nanak Sikh Society v. County of Sutter*, 456 F.3d 978 (9th Cir. 2006) (農地にシーク教の寺院を建設する条件付き許可); *Saints Constantine and Helen Greek Orthodox Church v. City of New Berlin*, 396 F.3d 895 (7th Cir. 2005) (教会建設のための土地利用目的変更許可)。

126 *Westchester Day School v. Village of Mamaroneck*, 504 F.3d 338 (2nd Cir. 2007) (後述96頁)。

127 *City of Woodinville v. Northshore United Church of Christ*, 211 P.3d 406 (Wash. 2009) (市有地をテント村として利用する協定の締結後に、市が土地利用に一律6カ月の期限付き許可を求める条例を制定したことは市と教会との協定違反と判断した)。

128 *World Outreach Conference Center v. City of Chicago*, 591 F.3d 531 (7th Cir. 2009) (貧困者向け住居として利用する特別許可)。

129 *Open Homes Fellowship v. Orange County*, 325 F. Supp. 2d 1349 (M.D. Fl. 2004) (教会施設での薬物・アルコール中毒治療に特別許可を求めた措置は憲法の平等条項に違反する)。

130 *Lighthouse Inst. for Evangelism v. City of Long Branch*, No. 00-3366, 2010 WL 1491079 (D. N.J. Apr. 13, 2010) (無料食堂、職業訓練、聖書教室などを目的とする建物使用を不許可としたことに損害賠償を命じた)。

131 *Konikov v. Orange County*, 410 F.3d 1317 (11th Cir. 2005) (ユダヤ教聖職者の自宅での集会); *DiLaura v. Township of Ann Arbor*, 471 F.3d 666 (6th Cir. 2006) (住宅を祈りや瞑想に利用するために、訪問して泊まる者から料金を取らず、朝の聖餐でワインを供するなど、町の宿泊施設規制の例外を認めた)。

言え、内実は法以外の理由により訴えを認めたものも多い。

法は州や自治体に適用されるため、州裁判所の判例も多いが、ここでは連邦裁判所の判例から、法解釈上の論点をいくつか検討する。

1) 行政の措置は「土地利用規制」に当たるか

法の8条(5)は土地利用規制を地域地区規制や歴史的建造物保護法制に限定しているため、これに当たらないとされた措置には法は適用されない。

Prater v. City of Burnside 判決は、教会が所有する2区画の土地の間に市が道路を建設することは、教会が土地を入手するはるか以前からの計画であり、2条(a)(1)に言う土地利用規制に当たらないとした¹³²。

Second Baptist Church of Leechburg v. Gilpin Township 判決も、町の条例が下水道本管から150フィート以内の建物に下水道接続義務を定め、条例を教会にも適用することは土地利用規制に当たらないとした¹³³。

2) 原告の主張は「宗教活動」に当たるか

法の8条(7)(A)は、「宗教活動」について、宗教信念の体系が命じているかどうか、宗教の核心にあるかどうかを問わない¹³⁴。これは、スミス判決などが、問題となる行為が宗教の「核心」に当たるか否かを裁判官が審査する危険性を指摘したことを踏まえている。しかし、そもそも「宗教」に当たるか否かが問題になる場合もある。

Grace United Methodist Church v. City of Cheyenne 事件では、非営利宗教法人が宅地に100人規模の託児所新設を申請して拒否されたことが争われた。控訴裁は、地裁の陪審による、教会の真摯な宗教活動には当たらないとの判断を理由に、実質的な負担の有無を審査せず訴えを退けた¹³⁵。

Beechy v. Central Michigan District Health Department 事件では、アマン派信者(Amish)が公衆衛生条例の定める汚水処理槽の設置を拒否したことが問題になった。地裁は、原告が問題にしているのは処理槽の大きさであり、設置によって信仰が害されると主張していないとして訴えを退けた¹³⁶。

ビーチイ事件はやや特異な事例だが、これから重要な問題になる可能性があるのは、宗教団体が運営する世俗活動に利用される不動産であろう。教会が食

132 289 F.3d 417, 434 (6th Cir.), *cert. denied*, 537 US 1018 (2002).

133 118 F.App'x 615, 617 (3d Cir. 2004).

134 42 U.S.C. § 2000cc-5(7)(A).

135 451 F.3d 643, 663-64 (10th Cir. 2006).

136 475 F. Supp. 2d 671, 684 (E.D. Mich. 2007).

堂、映画館、スポーツ施設、地域センターを経営することは珍しくない。病院、小売業、ラジオ局を運営することもある。特に大規模な教団の場合、事業の多角化は住宅開発や金融業の後援にまで及んでいるという¹³⁷。

宗教団体には、施設の利用を通じて宗教に対する若い家族の興味を引き、信仰を持つきっかけとする意図があるという。それは単なる口実ではあるまいが、仮に礼拝や集会といった狭義の宗教活動とは直接関係のない施設を土地利用規制の対象から外すのであれば、宗教系企業を市場競争で有利に扱うことになる。そのため、法の対象を「純粋な」宗教活動に限るべきとの批判もある¹³⁸。

3) 土地利用規制によって「実質的な負担」が生じるか

法の2条(a)や3条は宗教の自由回復法と同様に、宗教活動に「実質的な負担」を課しているときには「極めて重要な政府の利益」を実現する「最小限の規制」であるか否かを判断する厳格な審査を定めている。しかし、その意味についても宗教の自由回復法と同様、特に定義せず裁判所の解釈に委ねているため、裁判所による運用が問題となる。

Civil Liberties for Urban Believers v. City of Chicago 事件では、教会の団体が、市の地域地区規制では、教会の建設に多くの地区で公聴会と委員会による審査が必要になる特別許可が必要になることを争った。

控訴裁は「実質的な負担」について、法の8条(7)が、宗教活動の定義として土地利用を含む広義の内容を定めているために、あらゆる宗教活動を抑制または制限する規制が厳格な審査の対象になると、「実質的な」負担の語が無意味になるとして、「宗教活動を事実上実行不可能にすることについて、必然的に直接の、主要で、基本的な原因となる負担」と解した。そして、条例により①都市中心部で利用できる土地が少なくなることや、②特別な手続に費用を要することは、市内で教会建設ができなくなる原因とはならないから、実質的な負担は生じないと判断したのである¹³⁹。

この第7巡回区控訴裁が示した「宗教活動を事実上不可能にする負担」はかなり厳しい要求のように思えるが、第3巡回区や、次に示す第9巡回区控訴裁の判決でも用いられ、他の控訴裁が負担の存否を判断する基準を検討する際にも影響を及ぼした¹⁴⁰。

137 Patricia E. Salkin & Amy Lavine, *The Genesis of RLUIPA and Federalism: Evaluating the Creation of a Federal Statutory Right and Its Impact on Local Government*, 40 URB. LAW. 195, 223-24 (2008).

138 Sara C. Galvan, *Beyond Worship: The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000 and Religious Institutions' Auxiliary Uses*, 24 YALE L. & POL'Y REV. 207 (2006).

139 342 F.3d 752, 761-62 (7th Cir. 2003).

San Jose Christian College v. City of Morgan Hill 事件では、地域地区計画で病院用地とされていた区画について、大学による校舎新設のための利用目的変更申請を退けたことが争われた。

控訴裁は、次の理由で実質的な負担を認めなかった。①大学の申請は、将来の開発が環境に及ぼす影響の分析を示しておらず、市条例が求める申請としては不完全である。②利用目的変更の棄却は宗教活動を不可能にする効果を持たず、市内で他の土地を入手すれば校舎建設も可能である¹⁴¹。

ただし、「実質的な負担」の存否についての判断は、抽象的な定義で結論が決まるものではなく、裁判所は事実を詳細に検討している。

Westchester Day School v. Village of Mamaroneck 事件では、ユダヤ教の昼間学校が申請した増改築について、村の地域地区委員会が当初は許可したにもかかわらず、住民の抗議を受けて撤回したことが問題となった。

第2巡回区控訴裁は、実質的な負担に関する最高裁や各控訴裁の判例を検討して、個人の場合には宗教の教義に従うか、給付などの利益を得るかの選択が問題になるが、土地利用の場合は「政府の行為が宗教団体に対して行動を変えよう直接強制していること」が問題だと述べた¹⁴²。

しかし実際の判断を左右したのは、土地利用の制約が恣意的に課される場合には宗教差別になるとの観点による審査過程の検討であり、次の理由から委員会の不許可決定は恣意によるものと判断した。

①委員会が主張する交通量の問題には証拠がない。②駐車場不足は委員会自身の計算違いによるもの。③委員会の顧問が作成した、新設を認める趣旨の書類は委員会に提出されなかった¹⁴³。

実質的な負担に関する各控訴裁の態度について、次の傾向が指摘される¹⁴⁴。

(1)建設などに際して許可申請などの手続を課するのは実質的な負担に当たらない(サン・ホセ・キリスト教大学判決など)。

(2)特定の不動産を入手できなくても、代替地などを合理的に確保できるときは、実質的負担は生じない(都市信者の自由連合判決など)。

(3)規制による費用や不便だけでは実質的な負担にならない(同)。

(4)差別扱いの証拠があれば、実質的負担が認められる可能性が高くなる(ウエストチェスター昼間学校判決など)。

140 Salkin & Lavine, *supra* note 137, at 259-67は、各控訴裁や州の裁判所による実質的な負担の定義を一覧表にしている。

141 360 F.3d 1024, 1035-36 (9th Cir. 2004).

142 504 F.3d 338, 348-49 (2nd Cir. 2007).

143 *Id.* at 350-352.

144 州の判例を含めた分析は Salkin & Lavine, *supra* note 137, at 228-34を参照。

4) 極めて重要な政府の利益

司法省報告書にもあるように、実質的な負担を認めて厳格な審査を加え、原告勝訴となった判決もある程度見られる。そして裁判所は、詳細に事実を検討して事例ごとに判断するため、明確な指針はないとも言われる¹⁴⁵。

厳格な審査と言っても、宗教活動の自由が関わる場合には何度か合憲判決も出ており、例えば人種差別の分野に比べると運用は緩やかであった（第1章21～22頁を参照）。それでも最高裁は結局、スミス判決で厳格な審査を放棄したのであり、この基準が重荷だったことをうかがわせる。ある控訴裁判事も、「実質的な負担について真剣に考えないと、極めて重要な政府利益の立証が難しいために、宗教団体をあらゆる地域地区規制から解放することになってしまう」との危惧を表明している¹⁴⁶。

ともあれ、判例が政府利益の重要性を認めなかったものとして、①施設の新設などによる交通量の増大や混雑、②駐車容量の確保、③不動産価値の維持、④景観への影響などがある¹⁴⁷。

重要性を認められたものに明確な傾向はない。土地利用規制全体を実施する必要という一般利益を極めて重要とした判決は一部¹⁴⁸で、否定したもの（ウエストチェスター昼間学校判決など）もある。都市の活力を維持し、スラム化、スプロール化を防止する利益の重要性を示唆しながら、立証がないとしたものもある¹⁴⁹。

厳格な審査は2段階だが、規制が過剰であることを指摘した判決の多くは、その前に政府利益の重要性を否定しているようである。

判例について、「宗教目的で土地を利用する原告は、以前よりも成功している。宗教活動の自由を主張する請求者は、スミス判決以前ならば原告が敗北したであろう状況と同じ程度の好意しか得られない事実状況で、かなりの成功を得ている。控訴裁は、法の2条(a)(1)が定めた極めて重要な利益の審査について、同じ文言でシャーバート判決が示した憲法原則よりもはるかに厳格に解釈してきている」とする好意的な評価もある¹⁵⁰。

145 WALTMAN, *supra* note 94, at 132.

146 *Petra Presbyterian Church v. Village of Northbrook*, 489 F.3d 846, 851 (7th Cir. 2007) (ボズナー判事の法廷意見)。

147 Salkin & Lavine, *supra* note 137, at 234-38.

148 州の判決だが *Greater Bible Way Temple v. City of Jackson*, 733 N.W. 2d 734, 751 (Mich. 2007) は、地域地区規制による「健康、倫理、安全及び福祉の増進」を強調している。

149 *Elsinore Christian Center v. City of Lake Elsinore*, 270 F. Supp. 2d 1163, 1173 (C.D. Cal. 2003)。高齢者や障害者の信者のために教会の近くに駐車場を確保する目的での教会移転について、教会がなくなる地域の荒廃が進むとの理由による不許可処分が争われた。

4. 刑事施設

施設と言っても、問題のほとんどが刑務所を始めとする刑事施設に関わっている。訴訟は宗教の自由回復法の時期から多かったが、その多くは囚人側の敗訴に終わっていた（第2節を参照）。

そもそも囚人が権利を主張するには不利な事情が多い¹⁵¹。①犯罪者は社会の共感を得にくい。②刑務所の運用は困難な業務である。③裁判所自体が刑事司法制度の一部である。④訴えの多くが、主流から大きく離れた宗教の、普通とは異なる慣行に関わっている¹⁵²。

しかし土地利用規制について述べたように、法の8条(7)(A)は宗教の自由回復法よりも「宗教活動」の範囲を広げたために、「実質的な負担」が認められやすくなったのである。第2節で見たルプの研究では、宗教の自由回復法による囚人訴訟の75%以上は実質的な負担が生じていないとの理由で敗訴していた。これに対して法の3条による訴訟では46件のうち7件に過ぎない（2004年当時）¹⁵³。この意味で、刑事施設収容者が宗教活動の自由を主張する際に有利な状況が生まれている。

ゴーバッツ（D. L. Gaubatz）は、囚人が訴える刑務所の措置を、①食事に関する要求の拒否、②頭髪や服装の規則、③礼拝慣行の制限、③宗教文書や信仰用具の所持に対する制限、の4つに分けている¹⁵⁴。以下では、それぞれについて判例の傾向を概観する。

1) 囚人に生じる「実質的な負担」

囚人訴訟の分野でも、実質的な負担を判断する基準について控訴裁の意見は分かれている¹⁵⁵。教義の中心となる行為を妨げまたは制限する（第8巡回区）¹⁵⁶、宗教活動を事実上不可能にする（第7）¹⁵⁷、あらゆる宗教活動に対する

150 Note, *Religious Land Use in the Federal Courts under RLUIPA*, 120 HARV. L. REV. 2178, 2188 (2007).

151 WALTMAN, *supra* note 94, at 128.

152 Jennifer D. Larson, Comment, *RLUIPA, Distress, and Damages*, 74 U. CHI. L. REV. 1143, 1473 n.179 (2007) によると、原告の宗教はイスラム、ユダヤ、ローマ・カトリックからヒンドゥー、仏教、北欧起源のオーディン神信仰（Odinism）、魔術崇拜（Wicca）、無神論にまで及んでおり、プロテスタントによる請求は1件にとどまるという。

153 Derek L. Gaubatz, *RLUIPA at Four: Evaluating the Success and Constitutionality of RLUIPA's Prisoner Provisions*, 28 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 501, 569 (2004).

154 *Id.* at 557. さまざまな要求の一覧として HAMILTON, *supra* note 108, at 157-61がある。

155 Scott Budzenski, *Tug of War: The Supreme Court, Congress, and the Circuits: The Fifth Circuit's Input on the Struggle to Define a Prisoner's Right to Religious Freedom in Adkins v. Kasper*, 80 St. John's L. Rev. 1335 (2006).

156 *Murphy v. Missouri Department of Corrections*, 372 F.3d 979, 988 (8th Cir. 2004).

重大な制限または重荷（第9）¹⁵⁸、宗教教義を捨てるよう強制する傾向をもつ圧力または宗教行為を命じる圧力（第11）¹⁵⁹、①信者に宗教信念を破るよう影響を及ぼす、または②一般に得られる些細でない利益の享受と、宗教信念の遵守との選択を強いる（第5）¹⁶⁰ というように。

ただし裁判所は、土地利用規制の場合と同様に事実関係を重視して判断している。ゴバツツの4分類に即して見ると、以下のようなになる。

(1) 宗教教義に従った食事の提供を拒むことが実質的な負担になることにはほとんど異論がない¹⁶¹。

(2) イスラム教、ユダヤ教、ラスタファリ信仰（Rastafarianism）¹⁶²、アメリカ先住民教会などのさまざまな信仰を理由とするひげ、ある程度以上の長髪やかぶりものの規制は、教義が命じているかに関わらず実質的な負担になる¹⁶³。

(3) 集団礼拝や儀式への出席や参加の禁止¹⁶⁴ や、共有していない教派の選択肢のみを示すこと¹⁶⁵ は、単なる不便を超えた実質的な負担になる。

(4) 宗教文書や用具の所持禁止は、実質的な負担として認められやすい¹⁶⁶。ただし銘柄などの要求の拒否は、単なる不便とされる¹⁶⁷。

157 *Civil Liberties for Urban Believers*, 342 F.3d at 761（ただし、土地利用関係判例）。

158 *San Jose Christian College*, 360 F.3d at 1034-35（同上）。

159 *Midrash Sephardi, Inc. v. Town of Surfside*, 366 F.3d 1214, 1227（11th Cir. 2004）, *cert. denied*, 543 U.S. 1146（2005）（同上）。

160 *Adkins v. Kaspar*, 393 F.3d 559, 570（5th Cir. 2004）, *cert. denied*, 545 U.S. 1104（2005）。

161 *Gordon v. Pepe*, Civ. Act. No. 00-10453-RWZ, 2004 WL 1895134, at *4（D. Mass. Aug. 24, 2004）（ラスタファリ信仰の食事）; *Agrawal v. Briley*, No. 02 C 6807, 2003 WL 1977581, at *1（N.D. Ill. Aug. 25, 2004）（ヒンドゥー教徒の菜食）。

162 1930年代のジャマイカで黒人のアフリカ帰還運動として始まった。名称は「ラス・タファリ（創造主たる王）」を名乗ったエチオピア皇帝ハイレ・セラシエ1世（1974年の革命により廃位）を救世主として信仰することに由来する。クリストファー・パートリッジ編（井上順孝監訳）『現代世界宗教辞典』79-82頁（悠書館・2009年）を参照。

163 *Hoevenaar v. Lazaroff*, 276 F. Supp. 2d 811, 818（S.D. Ohio 2003）（アメリカ先住民の背中まで及ぶ長髪）; *Mayweathers v. Terhune*, 328 F. Supp. 2d 1086, 1091（E.D. Cal. 2004）（イスラム教徒の1/2インチ程度のひげ）; *Collins-Bey v. Thomas*, Case No. 03 C 2779, 2004 WL 2381874, at *2（N.D. Ill. Oct. 25, 2004）（イスラム教徒を強制散髪）; *Boles v. Neet*, 486 F.3d 1177, 1182（10th Cir. 2007）（病院に輸送中のユダヤ教徒のヤムルカ着用）。

164 *Mayweathers*, 328 F. Supp. 2d at 1090（イスラム教徒の金曜礼拝参加）; *Limbaugh v. Thompson*, 2006 WL 2642388, at *4（M.D. Ala. Sep. 14, 2006）（アメリカ先住民教会のスウェット・ロッジ儀式。裁判中に刑務所が全面禁止の方針を変更して和解）; *Coronel v. Paul*, 316 F. Supp. 2d 868, 882（D. Ariz. 2004）（多神教儀式の出席）。

165 *Murphy v. Missouri Dept. of Corrections*, 372 F.3d 979, 988（8th Cir. 2004）（白人至上主義教会の信者にとってプロテスタント教会の信仰は大きく異なる）。

166 *Charles v. Verhagen*, 220 F. Supp. 2d 937, 948（W.D. Wis. 2002）, *aff'd*, 348 F.3d 601（7th Cir. 2003）（イスラム教の礼拝に際して身体を清める油）; *Lindell v. McCallum*, 352 F.3d 1107, 1110（7th Cir. 2003）（白人至上主義的なウォータン神信仰（Wotanism）に関する文書）。

2) 刑務所の規則と厳格な審査

裁判所は前記の理由から囚人の請求には懐疑的であり、ある程度当局の判断を尊重する傾向にある。それでもシャバズ判決（第1章26～27頁）のように合理性の基準によって判断していた時期に比べると、原告は勝訴や有利な和解を得られる場合が増えているとされる。

(1) 刑務所は、**宗教教義に従った食事**の提供を拒む理由として、①食物や調理の費用が増す。②他の囚人から優遇と見られるおそれがある。③他の宗教信者による要求が激増するおそれがある、と主張するが、裁判所は極めて重要とは言えないと判断している¹⁶⁸。そのため勝訴判決が多く、運用を改める州もある¹⁶⁹。

(2) 刑務所は**髪型やひげ**を規制する理由として、①禁制品の隠し場所になる。②変装による脱走のおそれなどを挙げるが、裁判所は立証が不十分として退ける傾向がある¹⁷⁰。ひげや髪長さ、医学上の理由の有無などを問わない例外の全面禁止は、最小限の規制にならないとする判決もある¹⁷¹。

(3) **集団礼拝や儀式**について主に問題になるのは次の場合である。

①宗教儀式を行なって希望者に参加を認めながら、作業日程の関係で許可しない：これは厳格審査に耐えられない可能性がある。いったん特定の儀式を認めると、安全の確保を理由にはできなくなる。また、作業の日程や割り当ての都合は、規制利益の重要性または最小限の規制手段のいずれかを満たさない可能性が大きいからである¹⁷²。

②特定の儀式を全面禁止する：全面禁止の可否は、宗教儀式の性質や、制限の少ない規制が可能か否かによる。他の宗教には類似の儀式を認めている場合は、厳格な審査によって刑務所の方針が退けられる可能性が大きい¹⁷³。しかし、

167 *Dunlap v. Losey*, 40 Fed. App'x 41, 43 (6th Cir. 2002) (ハードカバー版聖書を一時没収しても、ソフトカバー版は入手できる)。

168 *Madison v. Riter*, 240 F. Supp. 2d 566, 569 n.2 (W.D. Va. 2003) (ユダヤ教の食事 (kosher) を提供しないことに極めて重要な利益を立証していない); *Gordon v. Pepe*, 2004 WL 1895134, at *4 (ラスタファリ信仰に基づく菜食を提供しないのは違憲)。

169 *Gaubatz*, *supra* note 153, at 558-59.

170 *Mayweathers*, 328 F. Supp. 2d at 1095 (逃亡のおそれは誇張されている。短いひげで外見が変わるとも考えられないから、極めて重要な公の利益は認められない); *Collins-Bey*, 2004 WL 2381874, at *4 (原告の長髪に安全上の問題があるとの証拠を一切示していない)。

171 *Hoevenaer*, 276 F. Supp. 2d at 822-23 (規則自体が刑務所長の権限による髪型の例外を認めている。女性の長髪による問題も生じておらず、一律の規則は最小限の規制ではない)。

172 *Gaubatz*, *supra* note 153, at 564.

173 *Murphy*, 372 F.3d at 989 (原告が人種差別主義者で、その宗教の信者がアングロサクソンのみであるからと言って、集会の禁止が人種による暴力の危険を防ぐ必要最小限の方法とは直ちに判断できない)。

他の宗教とは大きく違う儀式の場合、全面禁止でも極めて重大な利益を認める余地がある。例えばメソディストは刑務所の部屋で集会ができるが、アメリカ先住民教会のスウェット・ロッジ（72～73頁を参照）は特別な建物と監視が必要になり、安全上の問題が生じる¹⁷⁴。ただしスウェット・ロッジについては、裁判所も全面禁止ではなく、規制の少ない方法を模索することがある¹⁷⁵。

(4) 宗教文書や用具の所持については、禁止に至らない制限は支持する傾向にある。刑務所は、所持が安全を害し、賭けや暴力などの違法行為につながると主張する¹⁷⁶ が、裁判所は一般論によって所持自体を禁じるのではなく、最小限の規制手段の問題として検討する¹⁷⁷。また、宗教文書の流布が煽動につながるなどの理由で所持の全面禁止を正当化することにも懐疑的である¹⁷⁸。

3) 司法省の調査活動による改善

司法省は、調査によって改善された事例をいくつか報告している。①ユタ州の刑務所ではヒンドゥー教徒、インディアナ州の矯正施設では仏教徒の食事について、囚人の教義に基づく菜食の提供が始まった。②ミシシッピ州やアーカンソー州の少年矯正施設では、少年の意に反する宗教行事への参加が取りやめられた。③ニュー・ヨーク州の介護施設では、シーク教徒の居住者に対する食事や調髪について、教義に対する配慮が始まっている¹⁷⁹。

5. 成果の背景

特に宗教目的での土地利用について、法はある程度の成果を生んだと言える。条文で「宗教活動」の範囲を広げたために厳格な審査を行ないやすくなったことは重要であり、その他にもいくつかの要因がある。

現実問題として、①司法省が調査や訴訟参加の形で積極的に法の実施に関わっ

174 Gaubatz, *supra* note 153, at 564-66.

175 *Farrow v. Stanley*, No. Civ.02-567-PB, 2005 WL 2671541, *8-9 (D. N.H. Oct. 20, 2005) は、30の刑務所にスウェット・ロッジがあり、使用前後の検査などにより安全が確保されていることを認め、全面禁止を違法とした。

176 *Charles*, 220 F. Supp. 2d at 948-49 (清め用の油の所持は、具体的な安全の問題とは関係がない); *Leishman v. Holland*, No. 2: 01-CV-926 TC (D. Utah May 28, 2004) (北欧起源の自然崇拜アサトル (Asatru : 神々への忠誠の意) の信者が求めたルーン文字 (瞑想や魔術のための象徴として用いられる) を刻んだ24枚の木片が賭けに使われる可能性は少ない)。

177 *Charles v. Frank*, 101 Fed. App. 634 (7th Cir.), *cert. denied*, 543 U.S. 980 (2004) では、イスラム教徒が祈りに使うビーズのネックレスはギャングの象徴とも見られるため、他人に見えないようにシャツの下にすることを求めた刑務所の措置を最小限の規制として支持した。

178 ただし *Borzzych v. Frank*, 439 F.3d 388, 390-91 (7th Cir. 2006) は、書籍が白人至上主義を主張しており暴力を招くとの理由で所持を許可しなかった刑務所の主張を支持した。

179 U.S. DEPT OF JUSTICE, *supra* note 123, at 11-12.

ている。②訴訟費用として弁護士費用も認められたため、地方自治体が訴訟遂行に消極的になった。③「宗教の自由のためのベケット基金 (Becket Fund for Religious Liberty)」の積極的な支援活動、がある¹⁸⁰。

憲法論に関しては、最高裁による宗教条項の解釈が変わってきたことを無視できないのではないか。スミス判決を覆す、あるいは影響を弱めるために、連邦議会や多くの州は宗教に中立な法規制についても厳格な審査を求める法律を制定して、宗教活動の自由をより保障する方向に動いた。他方で最高裁はレーンキスト長官在任期 (1986～2005年) 以降、国教禁止条項の解釈を緩やかにした結果、両宗教条項の間で宗教に対する配慮が許される余地が大きくなったのである¹⁸¹。次節で説明する2つの最高裁判決も、その方向を示唆している。

訴訟では宗教の自由回復法と同様に違憲性が争われ続けたが、2度にわたって連邦法が制定されたためか、合憲判断が多かった¹⁸²。そして最高裁も、法の一部について合憲とする判決を下すに至ったのである。

第5節 最高裁による一部合憲判決

1. 宗教に関する土地利用及び施設収容者法は一部合憲

最高裁は2005年の *Cutter v. Wilkinson* 判決で、宗教に関する土地利用及び施設収容者法 (のうち刑事施設の部分) は国教禁止条項に反しないと判断した。

原告・上告人のカッターらはオハイオ州の受刑者で、「非主流」宗教¹⁸³の信者であると主張している。刑務所での処遇について、①信仰に対する差別、②宗教文書の閲読拒否、③主流宗教の信者には認めている集団礼拝の機会を与えない、④宗教が命じる衣装や身なりの禁止、⑤宗教用具の没収、⑥聖職者を派遣しないといった点で宗教活動に配慮しておらず、違法であると主張して訴え

180 WALTMAN, *supra* note 94, at 134. ウェブサイト (<http://www.becketfund.org/>) には、裁判例や文献を含む多くの情報がある。先に触れたゴーバツツは基金の訴訟担当者であった。

181 Note, *supra* note 150, at 2194-95は、留保付きながらこの可能性を示唆する。なお神尾将紀「レーンキスト・コートの宗教判例と保守主義」宮川成雄(編)『アメリカ最高裁とレーンキスト・コート』199頁以下(成文堂・2009年)も参照。

182 合憲判断: *Guru Nanak Sikh Society* (*supra* note 125), 456 F.3d at 992-95 (9th Cir. 2006); *Midrash Sephardi, Inc.* (*supra* note 159), 366 F.3d at 1235-43 (11th Cir. 2004); *Saints Constantine and Helen Greek Orthodox Church* (*supra* note 125), 396 F.3d at 897-98 (7th Cir. 2005) など。違憲判断: *Elsinore Christian Center* (*supra* note 149), 270 F. Supp. 2d 1180-82 (C.D. Cal. 2003) など。

183 それぞれ Satanist (悪魔崇拜)、Wicca (魔術崇拜)、Asatru (北欧起源の自然崇拜)、the Church of Jesus Christ Christians (クー・クラックス・クランの活動家が創始した白人至上主義の宗教団体) に属していた (544 U.S. 709, 712 (2006))。なお、判決の紹介として高畑英一郎「立法による許容的宗教配慮」憲法訴訟研究会・戸松秀典(編)『続・アメリカ憲法判例』134頁以下(有斐閣・2014年)がある。

を起こした。これに対して行刑当局は、法が国教禁止条項に反すると主張したのである。

地裁は違憲の主張を認めなかったが、控訴裁はレモン基準を適用して、法の3条は宗教上の権利により大きな保護を与えており、宗教を促進するもので許されないとの理由で違憲とした¹⁸⁴ ために、受刑者は上告した。

ギンズバーグ判事の法廷意見は全員一致で国教禁止条項違反の主張を退け、控訴裁判決を破棄・差し戻した。

①両宗教条項の関係

「宗教活動の自由と国教禁止条項の間には『連携して作用する余地があり』、政府が国教禁止条項に違反せずに、宗教に対して、宗教活動の自由が要求する以上に配慮することを許している」と最高裁判決も確認している¹⁸⁵。

②国教禁止条項に反しない

法3条の施設収容者に関する規定は、私的な宗教活動に対して政府が設けた例外的な負担を軽減するものであり、国教禁止条項に適合している。法は、宗教上の必要を自由に満たすことができず、宗教活動に対する政府の許可や配慮に依拠している施設収容者を保護している¹⁸⁶。

③法と行刑施策の尊重は両立する

当法廷は、法を、宗教に従うことに対する配慮を、施設が秩序と安全を維持する必要に優先させるものとは解さない。判例は、宗教に対する配慮が、他の重要な利益を上回らないよう判断しなければならないことを示している。法が極めて重要な政府の利益という基準を用いていることから、裁判所は法の基準を適用するに当たり、費用や限られた資源を考慮した上で、適正な秩序、安全及び規律を維持するために必要な規制と手続を設ける行刑当局の経験と専門知識に対する適切な敬意をもって適用しなければならない¹⁸⁷。

④宗教団体の特権ではない

法は、特定の宗教教団に特権的地位を与えるものではなく、誠実な信仰を選んで不利益に扱うものでもない。判例¹⁸⁸ は、宗教に対する配慮を、世俗の活動に対する便益と抱き合わせにする必要はないと判断している¹⁸⁹。

184 349 F.3d 257, 264 (6th Cir. 2003).

185 *Cutter*, 544 U.S. at 713. 州の奨学金が神学の学習者を適用対象から除いていたことが争われた *Locke v. Davey*, 540 U.S. 712, 718 (2004) を引用している。

186 *Cutter*, 544 U.S. at 720-21.

187 *Id.* at 722-23.

188 *Corporation of the Presiding Bishop of the Church of Jesus Christ of Latter Day Saints v. Amos*, 483 U.S. 327 (1987). 宗教団体やその関連組織が使用者である場合、宗教を理由とした雇用について人権保護法第7編を適用しないとする規定は国教禁止条項に反しないと判断した。後述第4章147頁を参照。

国教禁止条項の問題に限定した判決である。そのため、土地利用規制に関する法2条の有効性¹⁹⁰、法が連邦議会の権限を逸脱するか否か¹⁹¹といった重要な問題については、脚注で問題を指摘するにとどめて判断を先送りした。

2. 宗教の自由回復法を連邦機関に適用

1) オ・セトロ判決

最高裁は2006年の *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal* 判決で、宗教の自由回復法を連邦機関に適用することを認めた。

原告・被上告人はブラジル発祥でキリスト教と南米土着の信仰に起源をもつ心靈主義団体であり、アメリカ支部には約130人の信者がいた。教義の中心は、儀式でワスカ (hoasca) という茶を用いて霊的交感を得ることであり、茶の原料となるアマゾン産の植物2種はそれぞれ、幻覚成分のジメチルトリプタミンと、その作用を増進するアルカロイドを含んでいた。薬物規制法 (Controlled Substances Act) は前者について、ヘロイン、LSD やマリファナとともに、もともと厳重な規制の対象¹⁹² としている。

1999年に税関調査官がブラジルからの船荷を押収したことを契機に、ワスカ茶の輸入歴が発覚した。連邦政府が起訴を示唆したことに対抗して、団体はワスカ茶の輸入を継続するために、権利確認及び差止命令、そして本案審理中の仮差止命令を求める訴えを起こしたのである¹⁹³。

地裁は以下の理由で仮差止めを認めた¹⁹⁴。

①薬物規制法が宗教中立の法規制ではないとして厳格審査を求める主張は退けるが、宗教の自由回復法の適用は認める。

②ワスカ茶の輸入を例外的に認めることが健康に与える危険について、政府側と団体側の立証は「均衡している (in equipoise)」。ワスカ茶が宗教目的以外に流用される点についても、両者の立証はほぼ均衡している。

③従って政府は、ワスカ茶の使用を禁じることによって生じる、団体の真摯

189 *Cutter*, 544 U.S. at 724.

190 「本件では問題となっていない。従って…見解を表明しない」 (*Id.* at 715 n.3)。

191 控訴裁が触れなかったことを理由に、検討していない (*Id.* at 718 n.7)。トーマス判事の同意意見は、国教禁止条項は連邦政府が州の公認教会 (19世紀初頭まで存在した) に干渉できないことを定めたとする持論を展開するものだが、法が歳出条項または州際通商条項に基づく連邦議会の権限を逸脱する可能性を指摘している (*Id.* at 726 n.2)。

192 21 U.S.C. § 812(c), Schedule I, at (c) (6). 別表第1に列挙する薬物については、厳格な規制を受けた研究目的以外での輸入や使用を禁止している (21 U.S.C. §§823, 960(a) (1))。

193 事実関係は *O Centro*, 546 U.S. 418, 425-26 (2006) による。

194 *O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal v. Ashcroft*, 282 F. Supp. 2d 1236 (D.N.M. 2002)。

な宗教活動に対する相当な負担を正当化するための、極めて重要な利益の存在を証明したとはいえない。

控訴裁も地裁を支持したため、連邦政府が上告した。

ロバーツ長官の法廷意見は8人の全員一致¹⁹⁵で、仮差止めを認めた下級裁判所に裁量の濫用はないとして控訴裁の判断を支持した。

宗教の自由回復法については、最高裁がフローレス判決で「州に対して適用することは、修正14条5節が定める連邦議会の立法権限を逸脱すると判断した」¹⁹⁶とだけ述べて、連邦の政府機関に対する適用を当然の前提とした。そして以下の理由から、ワスカ茶の宗教目的による使用の禁止について、政府は極めて重要な利益を証明できていないと判断している。

①規制対象薬物とワスカ茶

政府は、薬物規制法がジメチルトリプタミンなどを「濫用の危険性が高い」「現在のところ、医療目的での使用が認められていない」「医師の指示の下でも安全性を確保できない」薬物として位置づけている¹⁹⁷ことを理由に、宗教上の例外を認めると、社会がその薬物に問題がないと誤解しかねないと主張した¹⁹⁸。しかし、議会は同法の制定に際して、ワスカ茶を儀式で限定して使用する本件のような場合まで検討しておらず、規制の一般性を理由に、極めて重要な利益を証明できるわけではない¹⁹⁹。

②薬物規制法は例外を認めている

同法は司法長官に、「公衆の健康及び安全に反しないと認める場合には、一定の製造、頒布または調合に関する登録を求めない」権限を認めている²⁰⁰。これに基づいて、過去35年にわたり先住民教会によるペヨーテの使用が認められ、1994年の連邦法ではすべてのインディアン部族民に規制の免除を拡大した。数十万人の先住民に教義の実践を認めながら、130人程度の本件信者に免除を認めないことは難しい²⁰¹。

③画一規制は必要か

政府はスミス判決以前の判例²⁰²から、宗教上の免除を認めない画一規制の必要性を主張する。しかし、いずれの判決も、画一性という一般利益が宗教活

195 アリート判事は関与していない。

196 *O Centro*, 546 U.S. at 424 n.1.

197 21 U.S.C. § 812(b)(1).

198 *O Centro*, 546 U.S. at 430.

199 *Id.* at 432.

200 21 U.S.C. § 822(d).

201 *O Centro*, 546 U.S. at 432-33.

202 リー（第1章21頁を参照）、ブラウンフェルド（16-17頁）、エルナンデス判決（27頁）。

動に対する実質的な負担を正当化したわけではない。シャーバート判決も、一度免除を認めると宗教目的を装った詐欺請求が増えるといった「なし崩し (slippery-slope)」論は、単なる可能性に過ぎないとして退けている²⁰³。

④薬物を規制する国際協定との関係

政府は地裁による審理の段階で、向精神薬に関する1971年の国連協定を遵守する国際的義務についても主張した。確かにワスカ茶は同協定の対象に含まれるが、政府は本件で免除を認めた場合の国際的な結果について証拠を示さず、国際的義務の尊重や、麻薬に関する国際戦争でアメリカが指導的地位を守ることの一般的重要性を主張するにとどまっている²⁰⁴。

⑤厳格な審査と裁判所

法廷意見はシャーバート、ヨーダー判決に言及し、「当法廷は、一般に適用できる政府の命令を正当化するために、広く定式化された利益以上のものを求め、宗教を主張する個別の請求者に対して具体的な免除を認める際に生じると主張された害悪を審査した」ものと捉えた²⁰⁵。また、最高裁は宗教活動の自由以外の分野でも、極めて重要な利益による審査の場合には「背景にある状況 (context matters)」に注意してきたこと、厳格な審査は、まさに「関連する相違点を考慮する」ものであると述べていることを指摘した²⁰⁶。厳格な審査に一応の評価を与えたとも受け取れる。

末尾では「連邦議会が宗教の自由回復法によって裁判所に与えた任務が簡単なふりをする理由はない」と述べ、宗教活動の自由条項は同法の命じる手法を求めている（スミス判決）ことをも指摘しながら、結局「連邦議会は、裁判所が良識をもって利益を比較衡量すべきであると判断した」と、同法及び厳格な審査を受け入れている²⁰⁷。

2) 最高裁の変化

オ・セトロ判決は、宗教の自由回復法の合憲性について特に論じることもなく同法を連邦の政府機関に適用し、厳格な審査によって宗教活動に対する薬物規制の免除を認めた。

法廷意見は全員一致によるもので、カッター判決と同様、これまでの判決に見られた激しい議論は鳴りをひそめた。従来の判例を振り返ると、

203 *Id.* at 435-36.

204 *Id.* at 437-38.

205 *Id.* at 431.

206 *Id.* at 431-32. 積極的差別是正措置に厳格な審査を適用した *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) 及び *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995) 判決を引用。

207 *O Centro*, 546 U.S. at 439.

a) スカリア判事はスミス判決で、厳格な審査を適用して宗教活動に対する規制を免除することを厳しく批判した。

b) ケネディ判事はフローレス判決で、権力分立の観点から、司法が放棄した厳格な審査を立法によって復活することを退けた。

c) スター判事はルクミ・ババル、フローレスの両判決で、宗教活動の自由について厳格な審査の復活を検討する必要を説いた。

d) スティーヴンス判事はフローレス判決で、宗教の自由回復法が国教禁止条項に反すると主張した。

にもかかわらず、この4人はいずれも意見を示すことなく、持論に矛盾するとも思える法廷意見に加わったのである。

このような「静けさ」は、いかなる理由によるものであろうか。最高裁の構成の変化（スミス、フローレスの両判決で厳格な審査を主張したオ'Connor判事の引退と、両判決に関与していないロバーツ長官の登場）や、宗教の自由回復法が訴訟の動向に与したる影響を及ぼさなかったことを挙げる向きもある²⁰⁸が、いずれも推測の域を出ない。

第6節 権利の保障：一般法、個別法、そして裁判

1. 州法の動向

スミス判決以後、裁判による宗教活動の自由の保障が難しくなったと思われるために、宗教の自由回復法（RFRA）や宗教に関する土地利用及び施設収容者法（RLUIPA）といった連邦法だけでなく、各州でも立法による権利の強化が図られた。

ハミルトンによると、宗教の自由回復法と同様に、宗教に中立な法規制にも厳格な審査を求める法律を制定した州は20に上っている²⁰⁹。

208 *The Supreme Court, 2005 Term—Leading Cases*, 120 HARV. L. REV. 125, 351 (2006).

209 ウェブサイト (<http://rfraperils.com/states/>) (2014年8月29日閲覧) による。内訳は次の通り（制定順）。コネティカット（1993年：CONN. GEN. STAT. ANN. §52-571b）、ロード・アイランド（1998年：R.I. GEN. LAWS §§42-80.1-1 to-4）、イリノイ（1998年：ILL. COMP. STAT. ANN. 35/1-99）、フロリダ（1998年：FLA. STAT. ANN. §§761.01-.05）、アラバマ（1999年：ALA. CONST. art I, §3.01）、アリゾナ（1999年：ARIZ. REV. STAT. ANN. §§41-1493 to 1493.02）、サウス・カロライナ（1999年：S.C. CODE ANN. §§1-32-10 to-60）、テキサス（1999年：TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. §§111.001-012）、アイダホ（2000年：IDAHO CODE ANN. §§73-401 to-404）、ニュー・メキシコ（2000年：N.M. STAT. §§28-22-1 to 28-22-5）、オクラホマ（2000年：OKLA. STAT. ANN. TIT. 51, §§251-258）、ペンシルヴァニア（2002年：PA. CONS. STAT. ANN. §§2401-2407）、ミズーリ（2003年：MO. ANN. STAT. §§1.302-.307）、ヴァージニア（2007年：VA. CODE ANN. §§57-1 to-2.02）、ユタ（2008年：UTAH CODE ANN. §§63L-5-101 to-403）、テネシー（2009年：TENN. CODE ANN. §4-1-407）、ルイジアナ（2010年：LA. REV. STAT. §§13:5231-5242）、ケンタッキー（2013年）、カンザス（2013年）。このうちアラバマ州は州憲法の修正による。

しかしランド (C.C. Lund) は、「多くの州では、州の RFRA はほぼ法令集に載っているだけのようだ」と述べる。法律を制定した州でも裁判はわずかで、2010年の時点で、16州のうち10州では判決が2件以下（4州では皆無）、制定から10年以上の5州でも合計11件にとどまるためである²¹⁰。

ランドはその原因を、①弁護士が専門家でなく、宗教の自由を強力に保障する州法の存在を知らないために敗訴すること²¹¹ や、②州の裁判官も州法に対する理解がなく、連邦最高裁判例以下の保護しか認めない、あるいはスミス判決と同一視する判決さえ下していること²¹² に求めている。もっとも、問題が指摘され始めたからには、状況が変化する可能性はある。

2. 一般法批判

RLUIPA に反対したアイスグルーバーとセイジャーは、同法が囚人の宗教の自由を保障したことについては説得力を認めている。「平等な自由 (Equal Liberty)」の発想は、刑務所が囚人の宗教慣行について差別する実情とは相容れないからである²¹³。

しかし土地利用規制については、州法による救済も可能な状況で連邦法を制定するのは、各地の土地利用紛争を連邦裁判所の管轄としてしまう点で広範に過ぎ、連邦制との関係で問題があると批判する²¹⁴。

また、宗教と非宗教の「平等な自由」ひいては国教禁止条項に反する可能性も指摘する。もともと既存の教会は地方政治では有力な存在であり、地域地区規制も教会には好意的で、他の団体には認めない巨大建築や駐車区画を認める傾向にあった。土地利用規制は土地所有者に公平に負担を共有させるものであるのに、厳格な審査によって教会には規制の免除を認めるようでは、教会による環境を無視した土地利用を容認する結果になると危惧している²¹⁵。

非主流・少数派の宗教が土地利用規制の犠牲になりがちであることを認めながらも、厳格な審査が有力宗教の優位を助長するのは「平等な自由」に反する

210 Christopher C. Lund, *Religious Liberty after Gonzales: A Look at State RFRA's*, 55 S.D. L.REV. 466, 467, 479-80 (2010).

211 *Id.* at 480-81.

212 *Id.* at 485-87.

213 CHRISTOPHER L. EISGRUBER & LAWRENCE G. SAGER, *RELIGIOUS FREEDOM AND THE CONSTITUTION*, 269-270 (2007).

214 *Id.* at 270.

215 *Id.* at 270-72. HAMILTON, *supra* note 108, at 78-110も具体例を挙げて詳細な批判を加え、「RLUIPA の主たる問題は、同じ地域区画における近隣財産の間での均衡を変えたことである」。「住宅所有者にできないことを宗教関係者がしようとすることにより、RLUIPA や州の RFRA の下では2つの市民階級が生じる。『宗教』に分類される1級市民と、その他すべての2級市民である」と論難する (*Id.* at 106-07)。

と懸念するようである。前述のように（94～95頁）、法が宗教団体の関連事業のために用いられ、非宗教企業との公平を欠く事態が生じるおそれもある。しかし2人の論法で行くと、連邦法がなくとも有力宗教の有利な立場にはさして変わらない。他方で少数派宗教は、連邦法によって土地利用規制の不当な運用に対する救済を得られるようになったのである。宗教・非宗教の平等という点では疑問だが、宗教間の平等には仕えていると言えよう。

アイスグルーバーとセイジャーは、州議会が十分に証拠を集めもせず RFRA の引き写しのような州法を制定することも、問題に対する適切な対応ではないとしており²¹⁶、結局、連邦と州のいずれについても、立法によって厳格な審査を一般基準とすることを疑問としている。

ハミルトンは、アイスグルーバーらと同様に一般法による宗教活動の自由の保障に反対し、個別法による対応で行き過ぎを防ぐべきであるという。

「立法府は制度上、負担を課される宗教関係者の懸念に耳を傾け、特定の法に従う義務から解放することが公共善（public good）と合致するか否かを判断する権限をもつ。…最高裁はスミス判決で、宗教関係者がその宗教慣行と綿密に適合した免除を立法に求められることを明らかにした。もし宗教関係者が立法府を説得して、公共善に反しない形で法の適用免除を得られるのなら、免除は秩序ある民主政と両立する」²¹⁷。

そして正統な規制免除が持つべき特性として、「政治責任を負う立法府が公共善を考慮して定めること。やみくもな免除（blind exemption）ではなく、公共の利益を考慮したものであること。〔水面下での宗教団体と政治家との接触による〕静かな免除ではなく、公の場での議論という試練を経たものであること」の3点を挙げる²¹⁸。「やみくもな免除」の具体例は、宗教の自由回復法であり、宗教に関する土地利用及び施設収容者法である。

ハミルトンは政治の現実を無視しているわけではない。「あまりにしばしば、決定は議事堂の裏口でなされる」²¹⁹。議員たちは「憲法をよく知らず」、しばしば「宗教については頭が混乱し（muddle-headed）」、「特殊利益に囚われて公共の利益のために行動できない」²²⁰。ある意味痛快だが、これでは「あるべき論」も台無しである。結局、個別の立法による対応を推奨しながら、本人さえもそ

216 EISGRUBER & SAGER, *supra* note 213, at 274-75.

217 HAMILTON, *supra* note 108, at 287-88.

218 *Id.* at 302.

219 *Id.* at 300.

220 レイコックがハミルトンの著書から集めた記述である（それぞれ *Id.* at 301, 165, 298）。

See Douglas Laycock, *The Religious Exemption Debate*, 11 RUTGERS J.L. & RELIGION 139, 160 (2009).

の効用を信じていないように見える。

3. 個別法による対応は有効か

スミス判決以後、ほぼ10年にわたって2つの連邦法の制定に努めたレイコックは、その経験に基づいて反論する。

「個別の立法など、議会の日程や注目の広がりといった点から、機能しないのは明らかだ」²²¹。また、ハミルトンが立法を至上視する主な論拠は議会公聴会の調査力に対する「ロマンティックな信仰」にあるものの、「議員はかなりの調査ができるが、めったにしない」。公聴会の証人に対して問題を精査する質疑ができる者はほとんどいない。そして議員は自らの判断を、公聴会での議論よりも「同僚、ロビイスト、献金者や支持者との記録に残らない議論」や、イデオロギーに基づいて行なうのである²²²。

現実政治の問題を痛感しながら、それでも一般法の制定に尽力したのはなぜだろうか。レイコックは、議会より裁判所の問題解決能力を評価する。

①利害関係者双方が審理で問題に焦点を合わせるために、「司法による事実認定は立法のものより信頼できる」。

②裁判官は議員よりはるかに数が多く、個別の案件に集中できる。

③裁判所には「理由を述べる義務と、万人に平等な正義を行なう義務」があり、ロビイストや政治圧力に弱い議会より現実に優位にある。

結局、「現実の立法過程は、苛立たしい宗教慣行を抑圧したいという一派の欲望が本当に公共の利益のために必要なのかについて、原理に基づいた判断をするには全くふさわしくない」²²³。個別法による公共善の実現など、期待できないというわけである。

少数派宗教はもっとも保護を必要とするはずだが、議員たちにはその用意も余裕もない。そこで、「不人気な宗教を守る唯一の方法は、それらを広範な原理の表明に含ませることである」²²⁴。その成果が一般法であった。なにやら「政治家をたぶらかして裁判官に良い仕事をさせる」構図である。

実は連邦議会は、これまでも個別法による規制の免除を認めてきた²²⁵。少数派宗教に細やかな対応を見せてもいたのである。しかしその主な対象はアマン派（社会保険料）、ユダヤ教（ヤムルカ着用）、アメリカ先住民教会（ペヨーテ

221 *Id.* at 158.

222 *Id.* at 160-61.

223 *Id.* at 162-63.

224 *Id.* at 163.

225 第1章21頁注70、22頁注74、26頁注96、58頁注221、本章74頁注38を参照。

使用) と、ある程度社会で地歩を得ているか、同情や敬意を呼ぶ存在であったことも否めない。やはりレイコックの主張には一理があるのだろうか。

おわりに

スミス判決から四半世紀近くが過ぎた。同事件の最高裁口頭弁論に立った当時のオレゴン州司法長官は、判決20周年シンポジウムで「天は落ちなかった」と語っている²²⁶。確かに当時喧伝されたような、宗教活動の自由が壊滅する事態にはならず、かえって連邦法などによる保障の強化も見られた。宗教に関する土地利用及び施設収容者法は、宗教側にとってはそれなりに有効な手段となっている。

この現状は、皮肉にもスミス判決の成果とさえ言えるかも知れない。第1章で見たように、1980年代の最高裁は厳格な審査を看板倒れにしてきた。同判決に対する激烈な批判が連邦議会を動かし、結局は最高裁を「根負け」させたようにも見える。下級裁判所の裁判官も、そのような世論の影響を受けなかったとは言えまい。政治に「丸投げ」したスカリア判事らが意図したことでも望んだことでもなかったであろうが。

とは言え、厳格な審査を本当に厳格に適用すれば規制の免除が増え、宗教を優遇しているとの疑念が強まる可能性は否定できない。1980年代までとは違い、土地利用規制が重要な争点になりつつある今ではなおさらである。権利保障の重点が個人から宗教団体の利益に移り行く感もあり（この点は第4章にも関わる）、やがて企業間競争における宗教と非宗教の対等性が大きな問題になるかも知れない。

法規制の免除はあくまでも例外として認められ、例外であるからこそ認めにくいという、判断の難しい問題である。そのような局面に厳格な審査を用いることが適切なのか、なお疑問は残るのだが²²⁷。

226 David B. Frohnmayer, *Employment Division v. Smith: "The Sky That Didn't Fall"*, 32 CARDOZO L. REV. 1655 (2011).

227 Eugene Volokh, *A Common-Law Model for Religious Exemptions*, 46 UCLA L. REV. 1465 (1999) は、スミス判決以前の厳格な審査が機能不全に陥ったことを踏まえ、法規制の免除については裁判官が個別の事件で他者への害悪の有無などを検討した上で判断し、問題があれば立法で是正するという、いわば「第3の道」を説く。

第3章 雇用における宗教問題

第1節 人権保護法第7編

アメリカ合衆国憲法修正1条が定める宗教活動の自由は、主語が「連邦議会」であることが示しているように、国などの公権力による自由の侵害を禁じるものである。

これに対して、黒人差別撤廃運動（公民権運動）の高まりを受けて1964年に制定された人権保護法¹の第7編（Title VII of the Civil Rights Act of 1964）は、雇用において人種を始めとしたさまざまな理由による差別を禁じた。これは民間企業などの使用者（私人）にも平等保護の規律を及ぼすものだが、差別禁止事由の1つとして「宗教」を定めた結果、私人間（ここでは雇用環境）において宗教活動の自由を保障する²性格をも帯びている。

第3章では、雇用関係における宗教問題を扱った概説書³を参考に、人権保護法第7編が企業に加えている規制の概要を、宗教と関わる部分について紹介する。特に「宗教に対する配慮」、すなわち労働者が宗教を理由とした請求をした場合に認められる別扱いに重点を置きたい。第1章で扱った法規制の適用免除に関する個別問題とも言えるからである。

1. 雇用における宗教差別

宗教差別は、以下の3つに大別される。

a) 1964年人権保護法第7編〔以下、「第7編」と略称する〕の703条(a)は、

* 初出：神戸市外国語大学 外国学研究54号33-53頁（2003年）。

1 “Civil Rights Act”については「公民権法」がほぼ定訳だが、日本で「公民権」と言えば選挙権や被選挙権を意味することが多く、広く「人権」を指すことは稀である。1964年法が、交通機関、宿泊・娯楽施設の利用や、雇用などの分野について平等を実現しようとしたものであることを考えると、誤解を招きかねない。日本で「人権」という場合、しばしば差別を始めとした私人間の問題について用いられることから、本書ではこの訳語を用いる。田中英夫『英米法のことば』36-43頁（有斐閣・1986年）を参照。

2 渡辺康行「私人間における信教の自由—もう一つの『イスラームのスカーフ』事件が問いかけるもの—」『憲法論集—樋口陽一先生古稀記念』117頁以下（創文社・2004年）は、イスラム教徒の女性がスカーフを理由にデパートを解雇されたドイツの事件から、日本の問題にも論及している。

3 宗教差別の問題に絞ったもの。MICHAEL WOLF ET AL., RELIGION IN THE WORKPLACE (1998); RAYMOND F. GREGORY, ENCOUNTERING RELIGION IN THE WORKPLACE (2011).

雇用差別全般を扱った概説書。2 CHARLES A. SULLIVAN & LAUREN M. WALTER, EMPLOYMENT DISCRIMINATION: LAW AND PRACTICE §8 (4th ed. 2009).

雇用機会均等委員会（EEOC）が2008年に改訂した、宗教差別事案を担当する職員の執務提要（Compliance Manual on “Religious Discrimination”）（<http://www.eeoc.gov/policy/docs/religion.html>）（2014年8月31日閲覧）。

使用者による、採用から解雇に至るまでの差別的行為を禁じている。

「使用者による次の行為は違法な雇用慣行とする。

(1) 人種、性別、皮膚の色、宗教、性別、出身国を理由として、個人を雇用せず、雇用を拒み、もしくは解雇すること、または雇用の報酬、期間、条件、利益 (privileges) に関して個人を差別すること。

(2) 人種、性別、皮膚の色、宗教、性別、出身国を理由として、個人の就労機会を奪い、もしくは奪いかねず、または労働者 (employee) としての地位に不利な影響を及ぼすような方法で、労働者や求職者を制限、隔離または分類すること。」⁴

b) 1972年の法改正は、使用者が、労働者の宗教信念や慣行に対して「合理的な配慮 (reasonable accommodation)」をすべきことを定めている。労働者の請求に正当な理由があり、使用者に「不当な困難」が生じないにもかかわらず配慮をしない場合には、それも差別となる。

c) 最近では、宗教による嫌がらせ (religious harassment) も宗教差別として扱われるようになってきている。第7編は明定していないが、性による嫌がらせ (環境型) が争われた判例は、「嫌がらせ」の法理は第7編が禁じる差別事由 (人種など) すべてについて成立すると述べており⁵、宗教に関わるものも含まれることになる⁶。

2. 規制対象となる「使用者」

第7編の適用を受ける「使用者」は、州際通商に影響を及ぼす産業に従事し、15人以上の労働者を有する者とされている⁷。ただし「州際通商への影響」は広く解されているため、実際に意味を持つのは労働者数である。

「使用者」の規定は、連邦政府、インディアン部族、純粋な私的会員制クラブを除いているが、連邦政府の職員については1972年の改正で、別に差別禁止規定が設けられた⁸。州や自治体は法律制定時から「使用者」に含まれ、これらの機関の職員も法の適用を受けるが、公選や政治任用による職にある者は「労働者」から除かれている⁹。

また、労働組合や職業紹介組織による差別も禁じている¹⁰。こうして結局、

4 42 U.S.C. § 2000e-2 (a).

5 Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U.S. 57, 66 (1986).

6 ただし本章では、いくつかの判例に関連する範囲で断片的に触れるにとどめる。

7 42 U.S.C. § 2000e (b).

8 42 U.S.C. § 2000e-16.

9 42 U.S.C. § 2000e (f).

10 42 U.S.C. § 2000e-2 (b) and (c).

第7編が定める差別禁止の適用を受けないのは、ごく小規模な企業や労働組合にとどまることになる。

3. 宗教差別に対する救済

1) 手続の概観

労働者が宗教差別に対する救済を求める場合には、まず雇用機会均等委員会 (Equal Employment Opportunity Commission=EEOC) に申し立てを行なう¹¹。EEOC は、第7編を受けて設置された、雇用差別に関する紛争の解決を促す行政機関である。その後の手続の流れは以下の通り¹²。

①申し立てを受けた EEOC は調査を行ない、差別行為を受けているとの主張に合理的な理由があるか否かを判断する¹³。この間に当事者の話し合いで和解に至る場合もある。

②理由がないと判断したときには EEOC の関与は終了する。

③理由があるときには EEOC が関与して当事者間の調整 (conciliation) を行なう¹⁴。当事者の合意が得られた場合には、3者間で拘束力のある協定が締結されて手続は終結する。

④調整協議が不調に終わった場合には、EEOC が自ら原告となり、被申立人 (使用者など) を被告として連邦地方裁判所に救済を求める訴えを起こすことができる¹⁵。

⑤EEOC が申し立てに理由がないと判断した場合、当事者間の協議が長期化した場合、協議が不調に終わったにもかかわらず EEOC が訴えを起こさない場合などには、労働者は EEOC から提訴権の通知 (notice of right to sue) を得て、通知から90日以内に自分で訴えることができる。

EEOC の統計によると、2013年度の事案処理は以下の通りである¹⁶。

a) 申し立ての新受件数は3721件 (20年前の1993年度は1449件)。

11 申し立ては、差別行為から原則として180日以内にしなければならない (42 U.S.C. § 2000e-5(e)(1))。ただし、州や地方自治体の差別禁止法制による救済制度がある場合には、その手続が優先される。現在では多くの州が個別に救済機関を設置しているという。

12 手続や救済内容については、中窪裕也『アメリカ労働法 (第2版)』232-241頁 (弘文堂・2010年)、藤本茂『米国雇用平等法の理念と法理』112-118頁 (かもがわ出版・2007年) を参照。

13 EEOC ホームページによると、調査には平均で6か月近くを要するとしている (2004年当時) (<http://www.eeoc.gov/employees/process.cfm>) (2014年8月31日閲覧)。

14 第三者を調停員として調停 (arbitration) に入る場合もある。

15 42 U.S.C. § 2000e-5(f)(1)。この場合、労働者は訴訟参加ができる。

16 EEOC ホームページの “Religion-Based Charges: 1997-2013” による (<http://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/religion.cfm>) (2014年8月31日閲覧)。

- b) 手続上の理由（申立人の続行断念など）による却下は610件（15.8%）。
- c) 申し立てに合理的な理由がないとされたのは2558件（66.2%）。
- d) 申立人が有利な成果を得たことによる取り下げが138件（5.1%）。
- e) 当事者による和解の成立が331件（8.6%）。
- f) 申し立てに理由があるとされたのは168件（4.3%）（うち協議成立は49件）。

EEOC による協議に至る場合(f)は少ないことがわかる。ただし、EEOC の調査中に一応の解決を見る（d, e）ことも多い。申し立てに理由がないと判断されても、労働者は訴えを起こすことができる（⑤）が、EEOC が主張に合理性を認めなかったことは、裁判で不利に働く可能性がある¹⁷。

2) 救済の内容

裁判所が命じることのできる救済方法として、①差別行為の差止め、②遡及賃金（back pay）付きの復職や採用を始めとする積極的是正措置、③裁判所が適切と認めるエクイティ上の救済、がある¹⁸。さらに1991年人権保護法は、意図的な雇用差別の場合には損害賠償を命じることにも認めた¹⁹。

また裁判所は、合理的な範囲で、勝訴した当事者の弁護士費用を訴訟費用の一部として支払うよう相手方に命じることができる²⁰。これに関して最高裁は、原告（労働者）が勝訴した場合は、原則として弁護士費用の支払いを被告（使用者など）に命じなければならない²¹ が、被告が勝訴した場合、基本的には原告に支払いを命じることとはできない²² としている。労働者が裁判を争いやすくする扱いである。

第2節 「宗教」とは

1. 宗教の定義

第1章で宗教活動の自由条項について見たように、第7編の適用についても、法の保護を受ける「宗教」の範囲が問題になる場合がある。

第7編の701条(j)は、「宗教」の語は「宗教儀式、慣行及び教義のすべての側面を含む」と定めた²³ が、宗教とは何かを明らかにしていない。

雇用機会均等委員会の指針は、宗教活動の定義について「有神論または伝統

17 GREGORY, *supra* note 3, at 43.

18 42 U.S.C. § 2000e-5(g).

19 42 U.S.C. § 1981a(a).

20 42 U.S.C. § 2000e(k).

21 *Newman v. Piggie Park Enterprises, Inc.*, 390 U.S. 400 (1968).

22 *Christiansburg Garment Co. v. EEOC*, 434 U.S. 412 (1978).

23 42 U.S.C. § 2000e(j).

宗教の概念に限られず」、個人が「伝統的な見解と同様の強さをもって」抱いている「善悪に関する道徳または倫理上の信念」を含む、としている²⁴。

この指針は、兵役免除における「宗教」の意味を緩やかに解した最高裁判例（第1章32～33頁を参照）の影響によるものである。簡単に繰り返すと、1965年の *United States v. Seeger* 判決は、宗教に基づく信念とは、「信念を持つ者の生活において、伝統的な神に対するものと同様の位置を占めている、真摯かつ有意義な信念」であると述べた²⁵。また、1970年の *Welsh v. United States* 判決も、宗教と同様の機能を果たしている道徳や倫理上の信念をも含むとしている²⁶。両判決は、労働者の請求の宗教性が争われる裁判の判決ではしばしば引用される。

裁判所は、「宗教」に当たるか否か、「真摯に」信仰を抱いているか、といった問題を審査することには極めて慎重である。裁判所が特定の宗教観をもって紛争に介入する危険を慮っての態度であろう。また、宗教を定義することは、多様化が進む現代にあっては極めて困難である。

しかし、新宗教や伝統的な発想から外れた「教義」が関わる事件では請求の宗教性が争われ、裁判所も検討せざるを得なくなる。

Peterson v. Wilmur Communications, Inc. 事件では、世界創造者教会（World Church of the Creator）と称する白人至上主義、黒人のアフリカ送還、ユダヤ陰謀論などを教義とする団体の宗教性が争われた。会社の談話室を担当する管理職（部下のうち3人は非白人であった）が、信者としての活動が写真付きで新聞に報道された後、停職・降格処分を受けたのである。

地裁はスィーガー判決を引用して、団体の教義が原告の生活において、主流宗教の信者にとっての神と同様の位置を占めていることを認めた。会社側は、団体の「教義」がクー・クラックス・クラン（Ku Klux Klan）の主張と似ており、それは宗教でなく政治であると主張した²⁷ が、判決は、他人には政治に見えても本人にとっては宗教の側面を持つ場合があると述べた。教義内容が不道徳、反倫理であるとの主張についても、信者にとっては善悪を区別する方法であるとして退けている²⁸。

24 EEOC Guidelines: 45 Fed. Reg. 72,611 and 72,610.

25 380 U.S. 163, 176 (1965).

26 398 U.S. 333, 340 (1970).

27 *Bellamy v. Mason's Stores, Inc.*, 368 F. Supp. 1025, 1026 (E.D. Va. 1973), *aff'd*, 508 F.2d 504 (4th Cir. 1974) は、KKKの団員であることを理由にした解雇に関して、団体が唱える人種差別、反ユダヤ主義イデオロギーの「限定された、現世の、政治的性質」は「宗教の意味とは相容れない」と述べた。後の *Slater v. King Soopers, Inc.*, 809 F. Supp. 809, 810 (D. Co. 1992) も、この判断に従っている。

州の雇用差別禁止規制に関する *Friedman v. Southern California Permanente Medical Group* 事件では、絶対菜食主義 (vegan) の宗教性が問題になった。医療関係企業のコンピューター業務を期間限定で請け負っていた原告に正社員採用が提示されたものの、おたふくかぜワクチン (製造に鶏卵が使われる) の接種を拒否して採用が撤回されたのである。

州の控訴裁は、スィーガー判決を始めとする連邦最高裁や控訴裁の判決を検討した上で、絶対菜食主義は多くの者が共有する生活様式であるにしても「個人の哲学」にとどまり、宗教ではないと判断した。その根拠として、①人間存在の意味、人生の目的、人類の性質に関する理論、生と死の問題のような「基本的または究極の問題」に関わっていない。②人が依拠する力、存在または信仰に由来するものではない。③ (決定的な要素ではないものの) 宗教の形式または外面上の特徴を備えていない、といった点を挙げている²⁹。

判例は、無神論も宗教に準じて扱っている。 *Young v. Southwestern Savings and Loan Association* 事件では、ユニテリアン教会を離脱して無神論者になっていた女性が、採用された銀行の職員会議の冒頭でバプティストの聖職者が短い説教と祈りを行なうことを知った。会議の欠席を続けた後、上司から会議の出席は義務であり、祈りの間は耳をふさいでいればよいと告げられた。女性は銀行を去り、宗教を理由とした解雇として訴えたのである。

宗教差別を認めた控訴裁判決は、原告が無神論者である事実を記した上で「宗教信念の真摯さには疑問がない」と述べ、請求の宗教性を当然の前提としている³⁰。

宗教の範囲が広く解されている以上、労働者が特定の教会や宗教団体に属しているか否かは問題ではない。また、特定宗教の信者である労働者の信仰に、その宗教の教義と異なる点があっても、宗教性を否定する理由とはされない (第1章20～21、34頁の失業補償関係判決を参照)。

なお、以下で扱う諸判例からも明らかなように、裁判で争われるのは非主流、少数派の宗教、教派であることが多い。概説書は、宗教差別が問題になる信者

28 205 F. Supp. 2d 1014, 1022-23 (E.D. Wis. 2002). 口頭弁論抜きの略式判決を求めた会社側の主張を退け、本件は宗教差別に当たるとした。しかし、仮に降格を取り消したとしても、職場の混乱や黒人従業員による雇用差別訴訟を招きかねず、判決は不当な結果をもたらすだけに終わるとの批判がある (GREGORY, *supra* note 3, at 18-19)。

29 125 Cal. Rptr. 2d 663, 685-86 (Cal. Ct. App. 2002), *cert. denied*, 538 U.S. 1033 (2003). また、*Brown v. Pena*, 441 F. Supp. 1382, 1385 (S.D. Fla. 1977), *aff'd*, 589 F.2d 1113 (5th Cir. 1979) は、キャットフードを食べることが健康に寄与するとの「教義」は「単なる個人の嗜好」に過ぎないとしている。

30 509 F.2d 140, 142 n.3 (5th Cir. 1975). *Reed v. Great Lakes Companies, Inc.*, 330 F.3d 931, 933 (7th Cir. 2003) も、「宗教」の語は、宗教に対する反感を含むとしている。

が属する宗教、教派の例として、無神論、カトリック、キリスト教原理主義、エホヴァの証人、安息日再臨派、ユダヤ教、モルモン教、イスラム教、アメリカ先住民（インディアン）教会を挙げている³¹。

2. 信仰の真摯さ

先の2件では、原告が真摯に信仰を抱いていることを被告（使用者側）も争わなかった。前述の通り判断の難しい問題であり、真摯さについて裁判で争われることは少ない。しかし、原告による請求が、心から信じている宗教によるものであるのか争われる場合もある。

真摯さを疑わせる要素としては、①労働者が表明している信念と著しく矛盾する振る舞いがある。②宗教に対する配慮によって、世俗的にも魅力のある利益が得られる。③宗教信念を主張した時期の不自然さ、などが考えられる。しかし、人の信念や信仰の深さなどは時によって変わるものであるから、突然に信仰を主張したとか、言動に矛盾があるからといって、真摯さを否定する決定的な根拠になるとは限らない。

EEOC v. Ilona of Hungary, Inc. 事件では、美容院に勤めるユダヤ人女性が、贖罪の日（Yom Kippur）の休暇を申し出たが認められず、当日に欠勤したために解雇された。裁判で会社側は、これまで8年間に宗教を理由に休暇を申し出たことはなかったと主張した。

しかし控訴裁は、①原告はさほど宗教的な人間でなかったが、義母の死、夫が信仰を深めたこと、息子の誕生や原告の父の死など家族に生じた状況を契機に信仰を深めた。②これらの出来事後、贖罪の日の儀式に参加するようになっていた、との理由から原告の真摯さを認めた³²。

これに対して Tiano v. Dillard Department Stores, Inc. 判決は、主張の宗教性を認めなかった。デパートに勤める敬虔なカトリック教徒の女性が、ユーゴスラヴィア（1988年当時）への聖地巡礼のために無給の休暇を求めたが、記念セールの際に当たることなどを理由に拒否され、宗教差別だと抗議した。そして、欠勤して旅行した後に辞職を求められたのである。

控訴裁は、特定の時期に特定の聖地巡礼旅行をする理由が、女性の「心の奥深くから呼ばれていると感じた。…行かなければならない」との証言だけであることを疑問とした。そして、①原告が宗教差別を主張し始めた時期は、航空券が払い戻せないことを知った後だった。②同行した友人は、旅について原告と「面白い冒険になる」などと話していた。また、「旅行のはっきりした理由

31 GREGORY, *supra* note 3, at 100-114.

32 108 F.3d 1569, 1575 (7th Cir. 1997) (en banc).

は思い出せない。ただ、行きたいと強く思ったのだ」と証言した、などの理由から、旅行の時期は原告個人の好みによるもので、宗教信念とは言えないとして訴えを退けている³³。

第3節 「意図的な差別」の立証

使用者が、意図して宗教による差別をした場合には、被害者、すなわち職を得られなかった求職者、解雇された労働者、昇進またはその他の利益を得られなかった労働者から、「差別的取り扱い (disparate treatment)」として第7編違反の責任を問われる可能性がある。

しかし原告は、訴えを起こしても、後述する「配慮」の問題が関わっていないければ不利になる傾向があると言われる。その主な原因は、原告に課される立証責任が重いことにある。判例は、立証の方法として、使用者による差別の意図に関する直接の証拠を示す方法の他に、間接または状況証拠によって、原告に「一応有利な事件 (prima facie case)」であると証明することを認めている。しかし、使用者が宗教上の動機によって行動したことを立証する責任は最終的には原告にあり、その立証が難しいのである。

1) 直接証拠

直接証拠になるものとして、例えば特定宗教の信者を除外する募集³⁴ のように、それ自体が差別となる雇用方針の公表がある。また、特定の行為が差別意思の証拠となる場合もある。

直接証拠として争われるものの多くは、上司などによる侮蔑的発言である。とは言え、たまたまかけられた言葉がどのようなものであれば、労働者に「敵対的」と言えるのかを判断することは難しい。継続して、あるいは少なくとも繰り返された言葉は、宗教に対する敵意を示す証拠として受け入れやすいが、1度だけであれば、証拠として不十分と判断される可能性がある。ただし、1度だけの発言でも、直属の上司や人事権者によるものであれば、証拠として認められることもある（後述ウェイス事件・122頁を参照）。

2) 間接証拠

実際には、原告は直接証拠を示すことが難しいために、多くの事件で間接証拠による立証をしている。判例は、最高裁が人種差別について McDonnell

33 139 F.3d 679, 682-83 (9th Cir. 1998).

34 Abrams v. Baylor College of Medicine, 805 F.2d 528 (5th Cir.1986). サウジアラビアで医療活動を行なう医科大学が、活動要員からユダヤ系の医師を外した。

Douglas Corporation v. Green 判決で示した立証責任を転換する枠組み³⁵を、宗教差別の事件に応用している。

原告に「一応有利な事件」とであると証明するための要素は5つある。

第1に、原告が差別から保護される集団 (protected class) に属していること。宗教差別の場合は、原告は何らかの教義体系を信奉するか、宗教慣行に関わっていないなければならない。

第2に、原告が係争対象の職務に適性があること。求職の場合には、最低限の資格要件を満たしていること、解雇または懲戒の場合には、労働者が職務を十分に果たしていることを意味する。

第3に、原告が不利な扱いを受けたこと。求職者が必要な資格要件を満たしていながら採用を拒まれたり、労働者が職務を十分に果たしていたにもかかわらず、解雇または降格され、あるいは昇進を拒まれるなどである。

第4に、原告とは異なる宗教の信者が、原告よりも有利、またはさほど不利でない扱いを受けていたこと。同じ資格要件を備えていながら別の宗教の信者だけが採用されたり、同じ仕事をしている他の者が不利な扱いを受けなかったり、原告の後任になったような場合である。

このような4つの要素に加えて、宗教差別の事件では、使用者が原告の宗教儀式または慣行を知っていたことを証明しなければならない³⁶。使用者にとって、宗教は性別や人種ほどには明らかではないからである。

このように、一応有利な事件、つまり原告に職務の適性がありながら、宗教を理由に差別を受けたことが疑われる状況であったことを立証すれば、被告(使用者)は、自らの行為が差別ではなく、正当な理由によることを立証しなければならない。原告が敗訴するのは、通常、使用者が資格要件や勤務評価に基づいて原告を扱ったとする証拠が認められた場合である。

使用者がこのような証拠を示すと、立証責任は原告に戻り、使用者の示した理由が「差別の口実」であることを証明しなければならない。

ただし、St. Mary's Honor Center v. Hicks 判決では、裁判所は、使用者の示した理由が偽りであることの証拠をもって、直ちに差別の動機を認定しても良いが、その証拠だけでは、不利に扱われた本当の理由が宗教にあったことの立証責任を自動的に満たすわけではないとしている³⁷。

結局、使用者に差別の意図があることの立証責任は常に原告にある。原告に一応有利な事件であることの立証はそれほど重荷でないとしても、差別の意図

35 411 U.S. 792, 802-03 (1973).

36 Rosen v. Thornburgh, 928 F. 2d 528, 532-34 (2d Cir. 1991).

37 509 U.S. 502, 515 (1993).

を最終的に立証するのは容易ではない。

3) 動機の競合

原告が、使用者側に差別の動機があった証拠を示しても、使用者側も、差別に当たらない動機の証拠を示すことがある。この場合、差別の意図だけが原因であるとは立証できなくなる。職場の意思決定をする者は複数いるのが普通であるから、違法な動機と適法な動機の競合は、十分に起こり得る。

最高裁は、性差別が問題となった *Price Waterhouse v. Hopkins* 判決で、裁判所が動機の競合を認めたときは、使用者は、差別の動機がなくても原告の扱いは同じだったであろうことを証明すれば責任を免れるとした³⁸。しかしこの判決には批判が多く、1991年の法改正で、差別の動機があれば、その他の動機があっても第7編違反になると定めた³⁹。

ただしこの改正は、動機が競合している場合に差別の立証を容易にしたものの、原告に対する救済手段を限定している。裁判所は、損害賠償、採用、復職、昇進、遡及賃金の支払いを命じることはできない。原告に認められるのは、差止命令による救済、使用者による行為の違法確認や、弁護士費用の被告による負担のみである⁴⁰。

第4節 宗教差別が生じる局面

1) 採用

採用過程で宗教差別が争われた事件は少ない。使用者は、応募者の宗教について知らず、差別のしようがないからである。

*EEOC v. WilTel, Inc.*事件は、福音派キリスト教徒で南部バプティスト教会員の女性が、不採用の後にたまたま友人を通じて面接担当者の発言を知ったことが訴えの契機となった。女性は面接の質問に対して、人生の目的の1つに「神の意に叶うこと」を挙げ、失敗に対応する方法として「神に祈り、失敗の原因に処していく導きと知恵と強さを願う」などと答えていた。担当者の1人が「彼女はイエスのくそったれ (shit) に夢中で、合わないから好きじゃない」と言ったことを友人から聞き、宗教差別として訴えたのである。

地裁は面接担当者の発言を差別の直接証拠としたが、控訴裁は次の理由で認めなかった。①職務に関連する前歴がないなど、女性には適性がなかった。②発言は不採用が決まった後に、女性の友人からの問い合わせに対する返答の中

38 490 U.S. 228, 244-45 (1989).

39 42 U.S.C. § 2000e-2(m).

40 42 U.S.C. § 2000e-5(g) (2) (B).

でなされたものであった。③採用決定に主導権を持っていた者は、担当者の考えを知らなかった。④担当者は、過去に福音派キリスト教徒を推したことがあった。従って発言は、宗教に対する偏見ではなく、女性が面接で不適切な発言を繰り返したことについての感想にすぎない⁴¹。

2) 昇進

昇進についての判断は、採用と同様に主観的なものであり、宗教に対する偏見が明らかになることも少ない。Weiss v. Parker Hannifan Corp. 事件は、その珍しい例である。倉庫に長く勤めて新採用者の指導も担当していたユダヤ人従業員（職場では1人のみ）が主任に応募したところ、他の者が選ばれた。腹を立てた同僚が選考を担当した配送センターの監督者に詰問したところ、「私が監督者でいる限り、ユダヤ（Jew）に倉庫管理などさせない」との答えが返ってきたのである。

会社は裁判で、能力や管理職経験などを選考の理由としたが、地裁は、発言は明らかにユダヤ人を排除する意図を示しており、会社の主張した理由は口実に過ぎないと判断した⁴²。

3) 身なりの規制

使用者は、ひげのないことが仕事で必要だと証明できない限り、裁判で勝つことは難しい。Carter v. Bruce Oakley, Inc. 事件では、宗教信念によるひげの許可を得て採用された男性が、出勤初日に上司からひげの手入れを求められ、怪我のために出勤しなくなった後で会社を訴えた。

地裁は会社側の主張を退けて損害賠償を命じた。①ひげは法の保護する宗教信念には含まれないと主張するが、レビ記19章27節⁴³ などに基づいている。②ひげは安全を害するとの証拠はない。③ひげは職業人としての外観を損なうというが、原告の職務は一般人と接触のない機械操作であった⁴⁴。

4) 勤務割り当て

Citron v. Jackson State University 事件では、ルーマニア出身のユダヤ人大学教員が、長期在職権（tenure）が認められないまま任期の更新を拒まれたことを契機に大学を訴えた。勤務割り当てについては、①大学院担当がないことや、

41 81 F.3d 1508, 1513, 1515-16 (10th Cir. 1996).

42 747 F. Supp. 1118, 1122, 1127-28 (D. N.J. 1990).

43 「びん（左右側頭の毛髪）を切ってはならない。ひげの両端を損なってはならない」。

44 849 F. Supp. 673, 675-76 (E.D. Ark. 1993).

②新入生向け科目の担当が他の教員に比べて多過ぎる点を、人種、宗教、出身国による差別と主張した。

しかし地裁は、大学側の反論を認めて訴えを退けた。①原告は、大学院の既存科目に関する業績や、専門分野の学識を持っていない。また、担当を希望する新科目について、その概要などの情報を大学に提示していない。②原告が担当した上級生向け科目は受講者が少なかった。学部長は学部での必要や能力に関する専門的判断によって科目担当者を決めている。希望の科目を担当できるような既得権を持つ教員はいない⁴⁵。

5) 解雇

もっとも重大な問題と言えるが、前述の通り、意図的な差別を証明することは難しい。使用者はほぼすべての差別解雇訴訟で、解雇の理由として原告労働者の勤務能力の低さや非行があったと主張する。そこで原告には、能力や実績の問題ではないとの証拠を示す必要が生じるのである。

Beasley v. Health Care Service Corp. 事件では、健康保険組合の管理職となったキリスト教原理主義者の女性が、神への信仰がもっとも重要であると熱烈に信じていた。このために①勤務実績が落ち、②職場での問題から上司と対立し、③けがを理由にした休暇中の中国伝道旅行が判明して同僚を怒らせ、④休暇後に担当の部署が入力ミスを起こし、修復のため相当な費用を要した。結局解雇され、宗教信念による差別を訴えたのである。

女性は裁判で、仕事を最優先にすべきという保険組合の要求と宗教信念が衝突し、勤務態度や実績の質に影響したと主張したが、「衝突」に関する証拠を示さず、「影響」の具体的な内容について説明しなかった。他方で女性が多くの問題を起こしたことは明らかだったので、控訴裁は、解雇の理由は勤務実績の低さにあると判断している⁴⁶。

これに対して Venters v. City of Delphi 事件では、警察署の緊急無線通信を担当する女性が新任の署長と対立した。署長は「生まれ変わり(born again)」のキリスト教義を振りかざし、警察署を「神の家」と呼び、女性との会話、宗教書、テープなどによって信仰を説き、教会通いを勧めて女性の「魂を救おう」とし続けたが、女性は従わなかった。署長は「悪魔の道より神の道を選ばなければ、共に働くことはできない」とまで「警告」し、結局女性は、職務能力を理由に解雇された。

45 Citron v. Jackson State University, 456 F. Supp. 3, 11-12 (S.D. Miss. 1977). この他に給与、長期在職権の拒否、報復による任期更新の拒否などを主張したが、いずれも退けている。

46 940 F.2d 1085, 1089-90 (7th Cir. 1991).

控訴裁は、署長の執拗な言動は明確な差別の直接証拠であると判断した⁴⁷。また、解雇を示唆して信仰を共にするよう迫った点で対価型、不快な言動を続けた点で環境型、いずれの「嫌がらせ」も生じたと認めている⁴⁸。

EEOC v. University of Chicago Hospitals 事件では、大学病院で新規採用を担当する福音派バプティストの女性が、新しく人事部長となったカトリックの女性から、机にあった宗教の標語を記したカレンダーや時計を「宗教的過ぎる」として取り除くよう指示されたり、教会からの採用をやめるように命じられた。部長は部下の管理職に対して、女性は「宗教を職場に持ち込み過ぎる」「宗教狂信者」とも評していた。その後女性が休暇明けに出勤したところ、私物が片づけられ、執務室が倉庫になっているのを見て、辞職した後に宗教差別を訴えたのである。

控訴裁は、女性が辞職しなければ解雇されると信じたことに合理性がある状況だったとした上で、部長の発言を重視して、宗教を差別する敵意を動機とする解雇だと判断した⁴⁹。

この他に賃金、配置転換、一時解雇（layoff）での宗教差別が主張された事件もあるが、原告が差別の証拠を示していないなどの理由で簡単に退けられる傾向にある⁵⁰。

第5節 宗教に対する配慮

1972年に「宗教」の定義規定である701条(j)が改正され、宗教差別の範囲が拡大した。EEOCの「宗教差別に関する指針」(1967年)⁵¹を取り込んで、労働者の宗教儀式や慣行に対する使用者の配慮義務を定めたのである。

「〔本法に言う〕『宗教』の語は、使用者が、その事業遂行に不当な困難（undue hardship）なくして労働者またはその予定者の宗教儀式または慣行に対して合理的な配慮ができないと証明しない限り、宗教儀式、慣行及び教義のすべての側面を含むものとする。」⁵²

この定義規定と703条(a)の差別禁止規定（113頁）を読み合わせると、事業に不当な困難が生じない限り、労働者の宗教に対して合理的に配慮しなければ、それも宗教差別になるわけである。

47 123 F.3d 956, 974 (7th Cir. 1997).

48 *Id.* at 975-77. 差し戻し審の途中で12万5千ドルの損害賠償を内容とする和解が成立した(GREGORY, *supra* note 3, at 63)。

49 276 F.3d 326, 332-33 (7th Cir. 2002).

50 GREGORY, *supra* note 3, at 54-58.

51 E.E.O.C. Guidelines on Discrimination Because of Religion, 29 C.F.R. § 1605.2.

52 42 U.S.C. § 2000e(j).

使用者の配慮義務を定める法改正に際しては、安息日を厳守する者（Sabbatarian）の保護が主な目的とされた⁵³。実際の訴訟も、多くが安息日や宗教行事を理由とした勤務日程の調整をめぐるものである。しかし、その他にも独特な宗教衣装や装飾、ひげや髪型、祈りなどの宗教表現といった、宗教慣行をめぐる多様な問題が生じる。いずれにせよ、通常の勤務規則をどの程度修正する必要があるのかが重要な争点になる。

以下では宗教に対する配慮について、1) 配慮を受けるために必要な立証や手順、2) 受けられない場合（「不当な困難」の問題）、3) 具体的な配慮の内容の順に説明する。

1. 配慮の必要性に関する立証

ほとんどの控訴裁は、使用者(被告)が労働者(原告)の宗教に配慮したか否かを判断する際に、労働者による3点の立証について審査している⁵⁴。

- ①労働者が業務上の要求と対立する信仰を真摯に抱いていること。
- ②使用者がその対立を知っていること。
- ③信仰を守り、または業務上の要求に従わないために懲戒を受け、あるいは他の不利な扱いを受けること。

3点について証拠を示すと、労働者に「一応有利な事件」の立証となり、立証責任は使用者に移る。使用者が責任を免れるためには、次の2点のいずれかを立証しなければならない。

第1に、使用者は合理的な配慮を提案したが、労働者が受け入れを拒んだことである。使用者は、労働者による提案や最善の方法を選ぶ必要はなく、労働者の宗教慣行と業務上の要求との対立を解決する何らかの合理的な配慮を示せば良い。

第2に、何らかの配慮によって「不当な困難」が生じることである。最高裁は、不当な困難とは無視できない程度の負担であるとしている（後述3）。

2. 配慮を求めることができる場合

1) 宗教を理由にした請求であること（115～119頁を参照）

2) 使用者に対する告知

労働者は使用者に、信仰または宗教慣行と業務上の必要との対立について告知しなければならない。使用者が知っていなければ対応しようがなく、宗教か

53 SULLIVAN & WALTER, *supra* note 3, at 504.

54 WOLF ET AL., *supra* note 3, at 68.

ら問題が生じる可能性を継続して調べることも非現実的だからである。裁判所は、使用者が対立について知っていたと推定する必要はない⁵⁵。また、配慮が必要であることを上司またはその他の管理職に告知しなければならない。同僚に伝えるだけでは不十分なのである⁵⁶。

実際の告知はかなり単純なものである。例えば、上司が急な必要から土曜出勤を求めたときには、労働者は土曜日を安息日とする宗教を信仰していることを告げて、要求を拒めば良いわけである⁵⁷。

労働者が、対立について、またはその対立が信仰と関連することを告げていなければ、使用者は労働者に配慮する必要がないばかりか、解雇を含めて労働者に不利な措置を取ることもできる。この点が争われ、告知の内容が不適切と判断されたのが、*McGlothin v. Jackson Municipal Separate School District* 事件である。学校区の服装規則に反するかぶりものをした教員助手が、校長の質問に対してアフリカ黒人の伝統と文化によるものだとのみ答え、学校区が解雇を決めた後で初めて宗教教義によることを主張したが、地裁は解雇を支持した⁵⁸。告知の際に、漠然と伝統や文化を理由にするだけでは、信仰との関連を明言したことになるのである。

使用者は、労働者による告知の時期の遅れをもって、配慮を求める権利の放棄だと主張することがあるが、裁判所は一般にこの主張を退けている。*EEOC v. Townley Engineering & Manufacturing Co.* 事件では、採用の条件として毎週、特定の教派によらない礼拝に参加することを求められた労働者が、数か月後に出席を拒み、やがて辞職した。使用者は、原告が採用時に異議を述べず、相当期間出席していたことで権利を放棄したのだと主張したが、控訴裁は、一時的に会社の方針に従ったからと言って、差別がなくなったわけではないと述べた⁵⁹。

3) 労働者の不利益

労働者に不利益が生じたことは、裁判上さしたる問題とはならない。裁判は多くの場合、職務規則に従わないことを理由に解雇され、または懲戒処分を受けた後に起こされるからである。また、信仰を守るために辞めたときは訴権の放棄とはならず、解雇とみなして訴えを起こすこともできる⁶⁰。宗教を理由に

55 *Id.* at 70.

56 *Chalmers v. Tulon Co. of Richmond*, 101 F.3d 1012, 1020 (4th Cir. 1996).

57 *WOLF ET AL.*, *supra* note 3, at 71.

58 829 F. Supp. 853 (S.D. Miss. 1992).

59 859 F.2d 610, 614 n.5 (9th Cir. 1988), *cert. denied*, 489 U.S. 1077 (1989).

60 *Young*, 509 F.2d at 144 (5th Cir. 1975) (前述117頁を参照)。

欠勤した場合の賃金不払いといった金銭上の損失も、第7編違反を訴える根拠となる。

4) 使用者と労働者の協議

労働者は、使用者が合理的な配慮に努めるときには、適切に協力する義務がある。使用者は事業の内容について理解しており、適切な方法を検討できる立場にあるから、労働者の側から具体的な方法を提案する義務はない。労働者の宗教信条を破るように求める提案は合理的とは言えず、妥協する必要はないが、使用者が何らかの合理的な方法を示せば、労働者は自らの提案に固執せず、それを受け入れて協力しなければならない⁶¹。使用者は、すべての合理的な配慮の方法が不当な困難を生じることを証明できない限り、何らかの方法を示さなければならない。

労働者がいったん配慮を求めれば、使用者は、労働者と誠実に話し合いを始めなければならない。多くの裁判所は、協議がなければ、配慮による不当な困難の抗弁が主張されても推測に過ぎないとして退け、第7編違反と判断している⁶²。一般に週末勤務や残業の場合は、使用者も労働者の家族や予定について考慮することが多いが、宗教を理由とした申し出については、柔軟な一般的方針があれば十分というわけではなく（結果として、配慮が認められない可能性があるため）、別途解決に努める必要があるとしている⁶³。

宗教上の必要に合理的に配慮する方法を示した使用者は、労働者が提案した別の方法を受け入れる必要はない。Ansonia Board of Education v. Philbrook 事件では、高校教員の信仰が、祭日（学期間中の6日間を含む）の労働を禁じていたが、教育委員会が結んだ労働協約によると、宗教を理由とした有給休暇は3日間だけで、別に認められる私用休暇を宗教目的で用いることはできなかった。教員は、代理教員の給与（欠勤で失なう給与より安い額）を負担することを条件に、有給休暇の取得を認めるように求めたが、教育委員会は認めず、3日間を超える欠勤を無給扱いとした。最高裁判決は、使用者は何らかの配慮を示せば法律上の義務を果たしたものとしている⁶⁴。

Wright v. Runyon 事件では、土曜日を安息日とする郵便局員の配置転換が必要になった。安息日の勤務を必要としない仕事を含めていくつかの地位が提示されたが、いずれも局員の希望を満たすものでなく、結局、安息日の勤務を必

61 Ansonia Board of Education v. Philbrook, 479 U.S. 60, 69 (1986).

62 EEOC v. Hacienda Hotel, 881 F.2d 1504 (9th Cir. 1989) (後述131頁も参照)。

63 EEOC v. Ithaca Ind., 849 F.2d 116, 119 (4th Cir.), cert. denied, 488 U.S. 924 (1988).

64 Philbrook, 479 U.S. at 68-69 (後述132頁も参照)。

要とする地位に回されて辞職した。控訴裁は、第7編は合理的な配慮を求めているだけで、労働者の希望をすべて満たす必要はないと述べ、使用者は少なくとも1つの方法を示せば義務を果たしているとした⁶⁵。

これに対して、使用者が協議の後で合理的な配慮を示さないときは、労働者の提案を合理的である限り受け入れなければならない⁶⁶。

使用者は、労働者が告知したすべての対立を、不当な困難が生じない限り除かなければならない。対立の一部にだけ配慮するのでは、義務を全うしたとは言えないのである。しばしば問題になるのは、安息日を理由とする勤務の交替である。配慮を求めた労働者自身が、他人に安息日の勤務を頼むこと自体が罪だと信じる場合があるため、いくつかの判決は、使用者側で交替希望者を募るのが合理的な配慮だとしている⁶⁷。

3. 「不当な困難」

1) ハーディソン判決

「不当な困難」があれば、労働者の宗教に対して「合理的に」配慮する必要はない（あるいは、配慮できない）。この意味で、不当な困難の有無は、配慮の合理性と裏表の関係にあると言えよう。だが、第7編自体には定義がなく、立法史も参考にならない。この言葉の意味について最高裁が判断したのが *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison* 判決（1977年）である。

原告は航空会社の整備点検施設の供給部門で事務員として働いており、その部門は24時間体制で施設の操業に重要な役割を担っていた。施設の労働者は、労働協約が定める年功制の適用を受けていた。原告は土曜日を安息日とする神の世界規模教会（Worldwide Church of God）に入り、勤務日程変更による配慮を受けていたが、配置転換後の新たな地位では、日程変更を認められるほど十分な年功（seniority）を持っていなかった。休暇を取った同僚の代わりに土曜勤務を求められた原告は異議を唱え、会社は勤務割り当ての変更を労働組合に求めたが、年功不足を理由に拒まれた。職務の変更もうまく行かず、結局原告は土曜勤務を拒んで解雇され、会社と組合を訴えたのである。

会社は、①原告の職務である供給部門は会社の運営にとって極めて重要であり、土曜欠勤を認められない。②他の部門の者に交代させるのは、他の部門の人手不足をもたらす。③土曜勤務による割増賃金が増える、と主張した。控訴裁は、交代者の確保や割増賃金により勤務日程の変更ができると判決したが、

65 2 F.3d 214, 217 (7th Cir. 1993), *cert. denied*, 510 U.S. 1121 (1994).

66 *Townley Engineering*, 859 F.2d at 615.

67 *Smith v. Pyro Mining Co.*, 827 F.2d 1081 (6th Cir. 1987), *cert. denied*, 485 U.S. 989 (1988).

最高裁はこれを破棄した。

ホワイ特判事の法廷意見は、「不当な困難」を「無視できる程度を超える負担 (more than a de minimis cost)」であると解し⁶⁸、本件原告に対する配慮はそれに当たると判断したのである。年功制に意義を認め、「労働者が休みたい日に働かねばならない場合を最小限にする中立的な方法を示している」と述べた上で、使用者は、宗教上の理由に配慮するために、有効な労働協約の年功制規定を破ってはならないとした⁶⁹。この結論を支えるのは、他の労働者の契約上の権利を保障する必要と、第7編703条(h)の文言である。

「使用者が、真正の年功または成績制に従って、労働者に異なる賃金の基準、異なる勤務時間、条件、権利を適用することは、その違いが…差別の意図によるものでない限り、違法な雇用慣行には当たらない。」⁷⁰

最高裁判決は主に労働協約の遵守について論じたが、控訴裁判決が示した配慮の方法についても触れ、①他の部門の者に土曜勤務を代行させることで仕事の能率が落ちる。②原告を配置転換できるようになるまでは割増賃金(約150ドル)が必要になる。③原告が安息日を守るために他の者に土曜勤務を求めるのは差別になる、と述べ、これらの方法はすべて無視できない程度の負担であると言う。合理的な配慮は、労使協定で他の労働者に認めた権利を犠牲にすることを求めるものではないとも述べている⁷¹。

このように判決は、「無視できない負担」を判断するために、さまざまな要素を示している。すなわち、計量できる金銭負担、計量し難い事業遂行の能率低下、他の労働者への不利な影響、労働協約違反である。非金銭的負担の判断はしばしば主観的であり、ハーディソン事件での金銭負担も、航空会社の規模を考えればわずかなものである⁷²。

法文が「不当な (undue)」困難としているのは、単に困難があるというだけでなく、それが「相当の (substantial)」程度であることを求めているのであろう。しかし判決は「ささい (de minimis) でない」程度と解して、配慮が認められる範囲を狭めてしまった。その背景として、当時の最高裁が国教禁止条項に違反する可能性を懸念していたと捉える向きもある⁷³。

判決は、使用者には、労働者の宗教慣行に配慮するために労働組合と交渉す

68 432 U.S. 63, 84 (1977).

69 *Id.* at 78, 80-81.

70 42 U.S.C. § 2000e-2(h).

71 *Hardison*, 432 U.S. at 84-85, 81. 割増賃金の額を指摘したのは、配慮を認めても不当な困難は生じないと主張したマーシャル判事の反対意見である (*Id.* at 92 n.6).

72 WOLF ET AL., *supra* note 3, at 107.

73 SULLIVAN & WALTER, *supra* note 3, at 508, 511.

る義務はないとしたが、その大きな理由として、交渉の結果「ハーディソンや彼のように宗教を厳格に信奉する者には休日認めることになる…しかしそれは、週末には働かないことについて、強いけれども宗教以外の理由を持つ者を犠牲にすることで得られるのだ」と述べている⁷⁴。これは、配慮を求める労働者を他の労働者より優遇することが不当な困難になるとの趣旨であり、実は組合や労働協約の存否とは関係がない。

そして判決の8年後に、最高裁は *Estate of Thornton v. Caldor Inc.* 判決（第1章46頁を参照）で、安息日について絶対的な配慮を定めた州法を違憲としている。さらにその翌年のフィルブルック判決（前述127頁）は、祭日に休むために当日分の給料を諦める結果になっても「合理的な」配慮であると判断したのである。こうして見ると、合理的な配慮という制度自体の合憲性が最高裁で争われたことはないが、少なくとも当時は、国教禁止条項との関係は無視できなかったのかも知れない。

ともあれ、この程度で「不当な困難」が認められ、配慮の必要がないのであれば、原告労働者にはほとんど勝ち目が無いように見える。しかし以後の下級裁判所の判例を見ると、必ずしもその観測は当たっていない。

2) 具体的な立証

まず、困難の立証は推測によるのではなく、具体的でなければならない。使用者が、配慮の努力もせずに過大な困難を想定することに対して裁判所は懐疑的である。また、一度配慮を認めると、先例になって多くの者に広がるとの主張についても、推測に過ぎないとして退ける傾向にある。

さらに、「不当な困難は、同僚の不平以外にも証拠を必要とする…。使用者は…同僚が被る現実の負担や、日常業務の混乱を証明しなければならない」⁷⁵。ハーディソン判決は、同僚の年功による権利を保護しているが、一般的な不平を拒否権として認めたわけではないのである。

3) 労働協約の遵守

ハーディソン判決が重要な根拠としたのは労働協約の遵守であり、以後の判例も、配慮のために他の労働者に協約で認められた権利の放棄を求めたり、組合に放棄について同意を強いることに消極的である。

このような背景から認められなかった配慮として、①原告を年功制の対象に

⁷⁴ *Hardison*, 432 U.S. at 80-81.

⁷⁵ *Burns v. Southern Pacific Transp. Co.*, 589 F.2d 403, 407 (9th Cir. 1978), *cert. denied*, 439 U.S. 1072 (1979).

ならない勤務日程に移す。②原告に契約が定めていない定期欠勤を認める⁷⁶。
③原告を土曜勤務から外し、次の者を繰り上げる。④原告を協約が認めていない別の交渉単位に移す⁷⁷、などがある。

とは言え労働協約も絶対ではない。一部の判決は使用者に、組合に対して権利の放棄または協約の範囲内での配慮を求めて協力を得る努力はすべきだとしている。

EEOC v. Hacienda Hotel 判決は、協約の年功制規定を理由に、ホテルの2人のメイドが求めた安息日（それぞれ土曜、日曜）のための勤務日程変更を、協議もせずに拒んだことを違法とした。①協約の文言は厳格でなく、十分な年功を持たない女性に宗教以外の事情による例外を認めた例もあり、柔軟な運用ができる。②ホテルが交替者を募ろうとしなかった、との理由で、協約に反しない形で解決するよう誠実に努めなかったと判断している⁷⁸。

4) 同僚の労働条件に生じる不利益

労働組合のない職場でも、労働者は労働条件について、ある程度の期待権や優先権を持つものであり、裁判所は、組合の有無を問わず、他の労働者が不利になるような配慮を認めることには消極的である。

無視できない程度と同僚の負担として、①勤務日程の交代を求める⁷⁹、②年次休暇を使わせない⁸⁰、③危険な職務の割り当てを増やす⁸¹、がある。

5) その他の要素

これ以外に「不当な困難」とされる要素はさまざまである。

直接には金銭に関わらない負担では、職場の安全確保がもっとも重要である。他に職場の規律維持、同僚や顧客に対する悪影響などがある。

金銭（経済）上の負担には、生産性の低下、交代要員の人件費などがある。これらについては、以下の具体的な配慮の内容に関連させて説明する。

76 Cook v. Chrysler Corporation, 779 F.Supp. 1016, 1023 (E.D. Mo. 1991), *aff'd*, 981 F.2d 336 (8th Cir. 1992), *cert. denied*, 508 U.S. 973 (1993) (後述134頁も参照)。

77 Lee v. ABF Freight System, Inc., 22 F.3d 1019, 1023 (10th Cir. 1994) (後述134頁も参照)。

78 881 F.2d 1504, 1513 (9th Cir. 1989)。

79 Lee, 22 F.3d at 1023。

80 Cooper v. Oak Rubber Company, 15 F.3d 1375, 1380 (6th Cir. 1994) (次頁も参照)。

81 Bhatia v. Chevron U.S.A., Inc., 734 F.2d 1382, 1384 (9th Cir. 1984)。シーク教徒の機械工による、髭剃りを拒んで防毒マスクを使えないとの主張を認めると、同僚の危険勤務を増やす結果になると判断している。

4. 「合理的な」配慮の方法

EEOC は、宗教差別に関する指針で、勤務日程について労働者の宗教に配慮する 3 つの方法を示している⁸²。①労働者間で自発的に勤務割り当てを変更または交代する。②労働時間、休憩、休日について柔軟に日程を組む。③宗教上の対立を抱えた労働者を、異なる勤務割り当てや同格の地位に配置転換 (lateral transfer) させる。判例は、状況に応じてその他の方法も示している。

1) 休暇の提供

宗教が理由で特定の日に働けないときに、判例は、不当な困難を生じない限り、有給または無給の休暇を与えることを認めている。

最高裁はフィルブルック判決（前述127頁）で、無給の休暇を与えることも、「実際に働けなかった日の賃金を諦めることだけを求める」合理的な配慮としている⁸³。しかしこのことは、使用者と労働者の不均衡につながっている。最高裁によると、労働者に金銭上の損失があっても「合理的な配慮」になるが、ハーディソン判決で見たように、使用者については、無視できない程度の支出が生じれば不当な負担、つまり不合理となるのである。EEOC の指針は、複数の方法があるときは、使用者は労働者にもっとも不利にならない選択肢を示すように命じていた⁸⁴ が、フィルブルック判決は、「法の明白な意味に反する」として退けた⁸⁵。

Cooper v. Oak Rubber Company 事件では、安息日再臨派 (Seventh-day Adventist) の女性が、安息日である土曜日の全日操業勤務を時おり割り当てられ、上司から助言された有給休暇の取得を望まず土曜勤務のたびに欠勤を続け、出勤停止処分を受けて辞職した後に会社を訴えた。

控訴裁は、安息日勤務を避けるために有給休暇のすべてを充てることは、「宗教を共にしない労働者が享受できる休暇という利益を失わせ、差別になる」と述べたが、結局訴えを退けている。会社は、操業には常に 7 人の労働者が必要で、休憩や休暇に対応するため、それ以上に雇う必要もあると立証した。判決も、配慮による人手不足から生じる生産低下は不当な困難であると認めたのである⁸⁶。

クーパー事件と同様、裁判所は一般に、宗教を理由に休暇を認めることは生

82 29 C.F.R. § 1605.2(d).

83 *Philbrook*, 479 U.S. at 70.

84 29 C.F.R. § 1605.2(c) (2).

85 *Philbrook*, 479 U.S. at 69 n.6.

86 15 F.3d 1375, 1379-80 (6th Cir. 1994).

産性の低下につながるとの主張に同情的である。

EEOC v. Caribe Hilton International 判決も、3人いるホテルのカジノ警備員の1人（安息日再臨派）について配慮を認めることは、すべての安息日に勤務交替者を見つけられるとは限らないことを考えると、欠勤によって、重要な安全部門で人手不足につながると判断した⁸⁷。

このように、簡単に代われない重要な勤務に欠勤者が出ることで事業に影響が及ぶときには、「不当な困難」の抗弁が認められる。これに対して、大企業のさほど重要でない部門で、特に交替者を通常用いているときは、使用者の抗弁は認められ難い⁸⁸。

また、事前の調整で生産性の低下を避けられるときも、抗弁は退けられる。EEOC v. Ilona of Hungary, Inc. 判決（前述118頁も参照）は、美容院が2人の従業員に対してユダヤ教の贖罪の日に無給休暇を認めることは、無視できない程度の負担であるとの主張を退けた。美容院は、当日は忙しい土曜日に当たり、客の予約を再調整すると売り上げが減ると主張したが、控訴裁は、事前に予約を調整すれば良いと述べた⁸⁹。

この事件では年に1度の祭日であり、問題は少ないとされたが、特に小規模な企業にとっては、配慮のために定期的に欠勤を認めると、欠員を常に補う必要が生じるために、時々の休暇よりも負担が大きくなるであろう。

2) 勤務日程の変更・交替

宗教を理由に休暇を求める者に配慮する他の方法として、勤務日程の変更や交替がある。EEOCの指針は、勤務交替者の募集を労働者本人に任せるのではなく、使用者も情報提供などで協力すべきとしている⁹⁰。

a. 変更の方法

Opuku-Boateng v. State of California 事件では、敬虔な安息日再臨派の信者が一時雇用から長期雇用で州の植物検疫官になったところ、週末、休日、夜間勤務が同等に割り振られており、土曜勤務が必要なことを知った。安息日の遵守に反することは救いを危うくするとの教義があり、当局に解決策の検討を申し入れたが、土曜勤務のない地位が見つからず解雇された。

控訴裁は、原告を一時雇用として、その間に別の部局に異動させる可能性を

87 597 F. Supp. 1007, 1011-12 (D.P.R. 1984), *aff'd*, 821 F.2d 74 (1st Cir. 1987).

88 Protos v. Volkswagen of America, 797 F.2d 129 (3d Cir.), *cert. denied*, 479 U.S. 972 (1986).

89 108 F.3d 1569, 1577 (7th Cir. 1997).

90 29 C.F.R. § 1605.2(d)(1)(ii).

検討するように命じている⁹¹。また、土曜勤務を外しても、他の夜間や日曜勤務を増やせば優遇にはならず、州が勤務交替の仕組みを作ることも容易だとも述べている⁹²。ただ、使用者がどの程度、日程の変更や勤務者の交替について積極的役割を果たすべきなのか、明らかではない。

Beadle v. Hillsborough County Sheriff's Department 判決は、使用者が勤務当番表を渡して、毎日の点呼時や職場の掲示板によって交替者を募る機会を与えることで十分としている⁹³。これらの変更や交替は任意によるもので、他の労働者に労働条件の不本意な変更を求めてはならない。

b. 人件費の負担

交替要員として臨時雇いを充てることについて、その賃金が通常の労働者に比べて高いときは、ハーディソン判決に従って不当な困難が認められる。しばしば使用者は、賃金の問題以外に、熟練が必要な地位での臨時雇いは、能率、生産の質量で劣り、通常の労働者より高くつくと主張する。裁判所もこのような主張を認める傾向がある。

Cook v. Chrysler Corporation 事件では、自動車工場の組み立て作業員（安息日再臨派）が、金曜日夜を含む勤務日程を、安息日（金曜日没から土曜日没まで）を理由に拒否して解雇された。控訴裁は、代わりに臨時雇いを用的と能率が落ち、不良製品を増やすと認めている⁹⁴。*Lee v. ABF Freight System, Inc.* 判決も、安息日再臨派の信者に配慮するために代替りのトラック運転手を他の町から連れてくるのは、無視できない負担としている⁹⁵。

これに対して非熟練労働の場合、不当な困難の立証は難しい。

Redmond v. GAF Corp. 事件では、エホヴァの証人の従業員が、担当していた聖書研究会が土曜日になったために年に5回程度の土曜残業を拒否して解雇された。控訴裁は、①助力を求められる者が多い。②土曜残業の必要は少ない。③誰でも十分にできる程度の仕事である、との理由で不当な困難を認めなかった⁹⁶。

91 95 F.3d 1461, 1474-75 (9th Cir. 1996), *cert. denied*, 520 U.S. 1228 (1997).

92 *Id.* at 1470-71.

93 29 F.3d 589, 593 (11th Cir. 1994), *cert. denied*, 514 U.S. 1128 (1995).

94 981 F.2d 336, 339 (8th Cir. 1992), *cert. denied*, 508 U.S. 973 (1993) (労働協約との関係でも触れた).

95 22 F.3d 1019, 1023-24 (10th Cir. 1994) (同上).

96 574 F.2d 897, 903-04 (7th Cir. 1978).

c. 安全への影響

配慮によって職場の安全が脅かされることは、通常は無視できない負担になる。ただ、使用者が安全性の問題を主張したにもかかわらず、勤務日程に配慮すれば足りるとした例もある。

Toledo v. Nobel-Sysco, Inc. 事件では、原告がペヨーテ⁹⁷ を用いるアメリカ先住民教会の宗教儀式に参加していたことを理由に、トラック運転手としての採用を拒まれた。

会社は、連邦運輸省の規制や法律に反する行為であり、薬物使用者の採用は危険も大きいと主張したが、控訴裁は次の理由で退けた。①原告は、ペヨーテを運転中や運転直前に用いたことはなく、運輸省の規制対象である薬物の影響による危険運転に当たらない。②連邦法や原告が運転をする州の法律は、宗教目的による使用を認めている。③儀式で使う分量であれば24時間で分解するため、儀式参加から1日間休ませれば、事故の危険を除くことができる⁹⁸。

3) 配置転換

勤務日程の変更などは一時的な解決に過ぎない。恒久策として、同僚との職務の交代や配置転換が考えられる。この方法については、賃金や責任の少ない地位への配置転換を認める判決もある。

Mann v. Milgram Food Stores 判決は、安息日勤務の可能性を減らすために、昇進の機会が減る配置転換を認めている⁹⁹。EEOCの指針は「同格の配置転換」を求めているが、これでは事実上の降格である。

これらは主に安息日や祭日など宗教行事の日程を理由としたものだが、宗教を理由に特定の職務を拒むことを理由とした配置転換や、同僚との交代を認めることも考えられる。

Haring v. Blumenthal 事件では、内国歳入庁に勤めるカトリック信者が非課税団体申請を担当する審査官への昇進を求めたが、妊娠中絶支持団体の審査を拒んで昇進を拒否された。地裁は、関連の仕事量が2%未満であり、宗教上異議のない他の審査官に仕事を振り替えることに問題はないとした¹⁰⁰。

Rodriguez v. City of Chicago 事件では、2つの中絶診療所を含む地区を担当していたカトリックの警官が、中絶反対デモに接するうちに診療所警備の職

97 幻覚成分を含むサボテンの葉。第1章56頁注212を参照。

98 892 F.2d 1481, 1490-92 (10th Cir. 1989), *cert. denied*, 495 U.S. 948 (1990).

99 730 F.2d 1186 (8th Cir. 1984).

100 471 F. Supp. 1172, 1180 (D.D.C. 1979), *cert. denied*, 452 U.S. 939, *reh'g denied*, 453 U.S. 927 (1981).

務に疑問を持つようになった。上司に対して、緊急時以外の通常勤務から診療所の担当を外すように求めたが公式には認められず、交代要員として担当することもあったため、配慮を求めて訴えたのである。

控訴裁は、警官が求めた、異動せずに診療所の警備担当だけを外す方法を認めなかったが、診療所のない地区への異動は合理的な配慮になると判断し、不当な困難については検討していない¹⁰¹。

これに対して *Ryan v. United States Department of Justice* 事件では、連邦捜査局（FBI）で国内治安及びテロを担当するカトリックの捜査官が、宗教上の理由から平和主義団体の調査を拒んで解雇された。

控訴裁は、捜査官が公然と将来にわたって担当を拒んだことや、連邦捜査局の準軍事組織としての規律維持を重視した。そのため、同僚に担当を変える可能性に触れながらも、影響を受ける仕事の量について特に検討もせず、配慮を認めなかった¹⁰²。

4) 身なりに関する規則の緩和

使用者が、服装や装飾について正当な理由から規制する場合、宗教による配慮は認められないが、規則が統一性や「職業人らしい」外見の望ましさに基づく場合には例外を認めている。

EEOC v. Brink's 事件では、ペンテコステ派の女性が配達員として採用され、制服を着るよう求められた。しかし宗教信念を理由にズボンを拒み、制服と同じ素材で作ったキュロットの着用許可を求めたが、会社は拒否して解雇した。EEOC は会社を訴え、会社は裁判中に女性を再雇用してキュロット着用を認め、損害賠償を支払った¹⁰³。

また *EEOC v. American Airlines* 事件では、イスラム教徒の女性が、頭にかぶるスカーフ（hijab）を理由に航空券販売などの乗客サービス担当職員に採用されなかったことが争われた。会社は女性に 4 万 5 千ドルの損害賠償を支払い、服装規則を改めるなどの条件で和解した¹⁰⁴。

101 156 F.3d 771, 777-78 (7th Cir. 1998). これに対してボズナー判事は、警察、消防、軍隊といった公共の安全に関わる業務の中立性に対する社会の信頼を重視して、職務の選択を認めることにより、業務の有効性を害する点で不当な困難が生じると述べ、次のライアン判決も引用して反対している (*Id.* at 779-80)。

102 950 F.2d 458 (7th Cir.1991), *cert. denied*, 504 U.S. 958 (1992).

103 “Brink’s to Pay \$30,000 to Peoria Area Woman for Failure to Accommodate Religious Beliefs”, EEOC, news release, January 2, 2003 (<http://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/1-2-03b.cfm>) (2014年9月5日閲覧)。

104 EEOC の2002年度訴訟報告書 (<http://www.eeoc.gov/eeoc/litigation/reports/02annrpt.html>) (2014年9月7日閲覧) による。和解は同時多発テロ事件（2001年）後の2002年9月に成立した。

a. 安全上の問題

これに対して、職場の安全や衛生に悪影響が及ぶ場合には、不当な困難が生じるとして請求は退けられる。

EEOC v. *Sambo's of Georgia, Inc.* 事件では、レストランの店長募集に応募したシーク教徒について、ひげを剃らないことは、口ひげ以外のひげを認めない規則に反するとの理由で採用を拒んだが、判決は簡単に使用者側の主張を認めている。

使用者が主張したのは、利用者は衛生の観点から従業員がひげを剃っていることを望み、経営にとって重要であることと、州の指針による衛生規制であった。地裁は、①レストランの印象を損ない、経営を害する。②衛生に関する規制違反のおそれがある。③例外を認めることで、職場の規律や能率を害する、という理由から、原告への配慮は不当な困難を生じるとしている¹⁰⁵。しかし判決は、①や③について証拠を示しておらず、②の規制は長すぎる髪やひげを対象としたものである。

また、*Kalsi v. New York City Transit Authority* 事件では、地下鉄の車両検査員となったシーク教徒のターバンが問題になった。市交通局の規則は、作業での危険防止のため保護用ヘルメットの着用を定めていたが、ターバンの上からヘルメットをかぶることを拒み、配慮を求めたのである。交通局はヘルメット不要の地位への異動を検討したが、労働協約の先任制規定に反しており、保安上の理由から着用免除は難しく、結局解雇した。

地裁は、ヘルメットを着用しなかった場合、火花による火事や感電の危険が大きくなり、しかも危険は本人だけでなく、共に作業する同僚にも及びかねない点で、不当な困難が生じるとして訴えを退けた¹⁰⁶。

b. 同僚や顧客に対する影響

同僚や顧客に対する影響を理由に、規則の例外を認めない場合もある。

Swartzentruber v. Gunit Corp. 事件では、従業員の前腕の入れ墨が KKK 団を象徴する図柄（布を全身に覆った者が十字架を燃やす）であったため、同僚から不快や脅威を覚えるとの苦情があり、会社は刺青に覆いをかけるよう命じた。従業員は、教会（Church of the American Knights of the Ku Klux Klan）の象徴だと主張したが、地裁は、配慮として入れ墨を放置することは、会社の規則が禁じる人種による嫌がらせ（racial harassment）になり、同僚を不快にするため不当な困難になるとした¹⁰⁷。

¹⁰⁵ 530 F. Supp. 86, 90 (N.D. Ga. 1981).

¹⁰⁶ 62 F. Supp. 2d 745, 760 (S.D. N.Y. 1998).

Cloutier v. Costco Wholesale Corp.事件では、身体改造教会（Church of Body Modification）の教義に基づくとして¹⁰⁸ 量販店レジ係の女性が顔にピアスをつけていたために、服装規則違反で解雇された。女性は当初、ピアスを絆創膏などで隠す方法を提案していたが、後に一切の妥協を拒み、規則の例外を認めるよう主張するに至った。

控訴裁は、イヤリング以外のピアスを禁じる規則が「きちんとした、清潔な、職業人の印象」を増進するために必要と認め、規則の例外を認めることで顧客に対する印象を悪化させることは不当な困難になるとした¹⁰⁹。

5) 組合費の免除

第7編は労働組合にも適用されるため、組合も宗教に対する配慮を求められることがある。ただし前述のように、使用者が労働者に対する配慮を検討する際に、組合は労働協約で獲得した権利を放棄する必要はない。問題は、労働者が信仰を理由に組合費の支払いを拒否する¹¹⁰ 場合である。

全国労働関係法（National Labor Relations Act）は、労働協約に「組合保障条項（union security clauses）」を設けて、雇用の条件として労働組合加入や組合費の支払いなどを義務づけることを認めている¹¹¹。しかし判例は、組合保障条項を理由に、使用者または組合が「労働者個人の宗教上の必要に対して合理的に配慮するよう努める義務」を免れることはできないとしている¹¹²。

その結果、使用者は、宗教を理由に組合費を支払わない労働者を解雇した場合には、宗教差別として訴えられる可能性がある。第7編の703条(c)は、組合が解雇を求めた場合についても、雇用差別になる旨を定めている。

「労働組合による次の行為は、違法な雇用慣行とする。

(1)人種、皮膚の色、宗教、性別、出身国を理由にして、個人を組合から排除、除名または差別すること…

(3)使用者に対し、本条に反して個人を差別させ、またはさせようとするこ

107 99 F. Supp. 2d 976, 979 (N.D. Ind. 2000).

108 390 F.3d 126, 129 n.2 (1st Cir. 2004) は、原告が教会に入会した時期について、最初にピアスについて注意を受けた直後ではないか争われたことを指摘している。そもそも肉体改造教会が宗教に当たるかという論点もあったが、地裁は訴えを口頭弁論のない略式審理で決着させるために検討を回避していた (*Id.* at 131)。

109 *Id.* at 136-37.

110 Cooper v. General Dynamics, 533 F.2d 163 (5th Cir. 1976) では、安息日再臨派の労働者が、労働組合を支持することは「汝の敵〔この場合は使用者〕を愛せよ」の教えに反すると主張した (*Id.* at 166)。

111 29 U.S.C. §§158(a)(3), 186(b).

112 McDaniel v. Essex Intern., Inc., 571 F.2d 338, 343 (6th Cir. 1978).

と」¹¹³

判例は、組合費支払い拒否に関する合理的な配慮として、組合費相当額を労働者と組合双方が同意した慈善事業に寄付させることを挙げている。EEOC の規則も、労働団体に対して同様の配慮を求めている¹¹⁴。

この問題が争われる裁判では、組合側は組合費の支払拒否を認めることで不当な困難が生じると主張するが、1人分の組合費は少額であるなどの理由でおむね退けられている¹¹⁵。

組合加入や組合費の支払いそのものではなく、特定の政治・社会運動を支援するといった個別の方針に反対する場合もある。

EEOC v. University of Detroit 事件では、組合加入または組合費相当分の支払いを雇用条件とする労働協約を結んでいた大学の助教授が、組合の上部団体(州及び全国)が妊娠中絶を支持していると知り、中絶に反対する宗教信念を理由に組合費の支払いを拒んだ。組合は、運動関連分の組合費減額を提案したが、助教授は組合費の全額を慈善団体に寄付すると主張した。組合は、合理的な配慮を拒否されたとして協議を打ち切り、助教授は解雇され EEOC が介入したのである。

控訴裁は、組合の提案は、中絶を支持する組織と関わりたくないという助教授の宗教信念を無視するもので、配慮の義務を果たしていないとした。判決は、組合費全額を、妊娠中絶について特定の立場を採っていない全国、州または地域単位の組合費に転用する方法も示唆している¹¹⁶。

判例の動向を受け、連邦議会は1980年に全国労働関係法19条を改正した。

「歴史的に良心に基づいて労働団体の加入または金銭による支援に反対している真正の宗教、団体または教派に属し、そのような伝統的で確立した信条または教義を信奉する労働者に対しては、雇用条件として労働団体に加入または金銭による支援を求めてはならない。ただし当該労働者には、使用者と労働団体との協定により、…組合費及び入会費に相当する額を、…非宗教かつ非労働団体である慈善目的の基金に支払うよう求めることができる」¹¹⁷。

判例が合理的な配慮とした慈善団体に対する寄付を正面から認めた規定であ

113 42 U.S.C. § 2000e-2(c).

114 29 C.F.R. § 1605.2(d)(2).

115 Nottelson v. Smith Steel Workers D.A.L.U. 19806, 643 F.2d 445, 452 (7th Cir.), *cert. denied*, 454 U.S. 1046 (1981).

116 904 F.2d 331, 335 (6th Cir. 1990). 類似の事件として、妊娠中絶や死刑に関する組合の方針に対する異議が問題となった EEOC v. American Federation of State, County and Municipal Employees, 937 F. Supp. 166 (N.D. N.Y. 1996) がある。

117 29 U.S.C. § 169.

る。しかし、法の適用対象が「真正の」宗教で、「伝統的で確立した」信条または教義であることを要求するのは、憲法修正1条や第7編の判例が、宗教の意味内容を広く解してきた傾向（115～117頁を参照）とは相容れない。

この点について、1990年の *Wilson v. National Labor Relations Board* 判決は、原告の組合費支払いに対する異議は個人の信条によるもので、19条の要件を満たさないとした全国労働委員会の判断を退けた。そして、①同条は法の適用を受ける宗教と受けない宗教を差別しており、そのような差別には極めて重要な利益を認められないから、宗教活動の自由条項に違反する。②また、一部の宗教信念を促進しており、何が「誠実」なのか判断するために宗教の教義を解釈することも、政府と宗教を不要に関わり合わせることになるから、国教禁止条項にも反する、と判断した¹¹⁸。

最高裁は同判決について裁量上告を認めず、これ以後19条の合憲性について判断した下級裁判所の判決もないようである¹¹⁹。

第6節 職場での宗教表現

職場での宗教表現は、宗教信念を理由とした主張による解雇、職場での宗教儀式や礼拝への参加、労働者の宗教に基づく表現行為をどの程度認めるのか、といった問題として現れる。宗教差別、宗教に対する配慮、そして宗教による嫌がらせの問題が関わるため、ここでまとめておく。

1. 職場での宗教表現・宣伝

1) 職場の宗教儀式と労働者

かつては、企業や使用者による祈りや礼拝などの宗教儀式に参加する義務が主な問題であった。判例は、参加しなかったことを理由とした解雇または辞職を宗教差別と認めたり、宗教に対する配慮として参加義務の免除を求めている。ヤング判決（前述117頁）やタウンリー・エンジニアリング判決（126頁）がその例である。後者について控訴裁は、使用者が職場で行なう礼拝の儀式について労働者の参加を免除しても、事業の能率や他の労働者に対する影響はないとしている¹²⁰。

118 920 F.2d 1282, 1287-88 (6th Cir. 1990), *cert. denied*, 505 U.S. 1218 (1992).

119 WOLF ET AL., *supra* note 3, at 141. 同書は、ウィルソン判決によって19条は効力を失ったと捉えている。

120 *Townley Engineering*, 859 F.2d at 615-16.

2) 労働者による宗教表現

最近では、労働者が信仰について職場で話し、主張することが問題になる事例が増えている。裁判所は、「不当な困難」を主張するには具体的な立証が必要との立場（前述130頁）から、労働者の言動が事業や職場に悪影響を及ぼすという具体的な証拠がない限り、配慮として認めることになる。

しかし、自分の信仰を同僚も共有すべきと信じる者と、その内容や伝え方に反発する同僚がいる職場では、使用者がどのように宗教による表現を規制できるか、あるいは、配慮をどの程度にとどめるか、という問題が生じる。部下や同僚に対する従業員の言動は、行き過ぎるとヴェンタース事件（123～124頁）のように、使用者が宗教による嫌がらせの責任を問われかねないため、状況は複雑になる¹²¹。

a. 同僚に対する影響

判例は、従業員の宗教表現を規制できる場合を2つ考えているようである。

第1に、労働者が勤務時間中に宗教に関する話をしたり、それによって同僚が気を散らされたりして、職場の生産性が落ちる場合がある。

Wilson v. U.S. West Communications 事件では、カトリックの女性が、胎児のカラー写真と中絶反対の標語が入ったボタン（直径2インチ＝5 cm）を、妊娠中絶がなくなるまでは常に着用すると誓い、同僚の議論や反発を招いて職場の生産性が40%下がった。

会社は、①ボタンは女性の執務室でのみ着用する。②勤務中はボタンに覆いを付ける。③写真のない、標語のみのボタンに変える、のいずれかを選ぶよう提案した。会議での同席を拒む同僚も現れたが、女性は一切の妥協を拒んで解雇された。控訴裁は、会社の提案を合理的な配慮と認め、無制限にバッジ着用を認めることは不当な困難になるとした¹²²。

第2に、言動を不快に感じた同僚からの苦情が使用者が受けた場合である。

Chalmers v. Tulon Co. of Richmond 事件では、バプティスト教会員で福音主義の信仰を持つに至った女性が、直属の上司には、自分の信仰を共有しないことは罪であるとの手紙を、婚外子出産後に療養中の部下には、私行を批判し、「神のもとへ行き、罪の許しを乞え」と書いた手紙を送って激怒させ、不当に

121 EEOC は1993年に、性による嫌がらせに倣った、宗教による嫌がらせについての指針を提案した。しかし宗教団体から反対があり、翌年に撤回されている（WOLF ET AL., *supra* note 3, at 53 n.1; GREGORY, *supra* note 3, at 237）。指針を口実にして、職場での宗教表現が抑圧されかねないとの反対論だったようである。

122 58 F.3d 1337, 1341-42 (8th Cir. 1995).

プライバシーを侵害し、職場の人間関係に悪影響を及ぼしたことを理由に解雇された。

女性は宗教上の理由から手紙を書いたと主張したが、控訴裁は解雇を認めた。このような手紙を認めると、会社も宗教による嫌がらせに加担したとして従業員からの訴訟を招きかねないとの理由である¹²³。

Bodett v. CoxCom Inc. 事件では、部下の同性愛に対する批判が問題になった。福音派キリスト教の女性管理職が、同性愛を公言していた部下の女性から、交際相手と別れた後の家賃支払いについて相談を受け、「神の意向は男女間の関係である」「同性愛は間違っており、神は罪だと考えておられる」などと語り、宗教系の女性集会の切符を渡して出席を勧めたりした。勤務評価の際も、「女性とデートしていたらがっかりする」と言った。部下は転勤が決まった後に上司に報告し、内部調査の結果、管理職は性的指向 (*sexual orientation*) による嫌がらせを禁じた規則の重大な違反を理由に解雇された。

元管理職は裁判で、解雇は同性愛に反対する宗教信念を理由とした差別だと主張した。しかし控訴裁は、原告が言動をおおむね認めている上に、次の点を立証していないとして訴えを退けた。①宗教信念以外の理由で同じ言動をした場合には解雇されないこと（宗教を理由とした不利益があること）。②会社の示した解雇理由が口実であること、である¹²⁴。

宗教教義を理由に同性愛に反対する者は多いが、これを職場に持ち込むのは大きな紛争の原因になる。同性愛は第7編の適用対象ではないが、性による嫌がらせ防止規則で保護の対象とする企業は増えている。宗教を理由にしても、規則違反は、ボデット事件のように解雇にまで至るかとはともかく、懲戒処分を受ける可能性がある。州や地方自治体の法制度でも、同性愛者に対する嫌がらせを違法として、従業員による嫌がらせの場合、使用者にも責任を問うことがあるという¹²⁵。

b. 顧客に対する影響

宗教表現が顧客に向けられ、使用者が顧客関係への悪影響を恐れて止めようとすることもある。顧客関係の程度、言動の内容や影響に着目して判断されることになるろう。

Anderson v. USF Logistics (IMC), Inc. 事件では、メソヂスト監督教会 (Methodist Episcopal Church) 信者の女性が、会話や手紙を「恩寵の日であり

123 101 F.3d 1012, 1021 (4th Cir.1996), *cert. denied*, 522 U.S. 83 (1997).

124 366 F.3d 736, 744-46 (9th Cir. 2004).

125 GREGORY, *supra* note 3, at 235-36.

ますように (Have a Blessed Day)」で締め括る習慣があった。昇進して顧客や商品販売者との連絡を担当する地位に就いた後、有力な取引先であるマイクロソフト社の従業員から2度の苦情があり、同社への電子メールでは止めるように上司が注意しても、自分の宗教慣行の基本だと反論した。会社は、顧客や同僚とのやり取りの結語で「宗教、個人、政治に関する言明」をしないよう求める方針を示したが、女性には同僚とのやり取りでは例外を認めた。しかし女性は、4か月後に再びマイクロソフト社への電子メールで、前記の結語をすべて大文字、引用符付きで書いたために戒告処分を受け、仮差止めを求めて会社を訴えたのである。

控訴裁は、有力顧客との関係は会社の正当な利益であり、女性に同僚の間では宗教表現を認めたことで十分な配慮になっているとして訴えを退けた。判決は、会社の対応は本人の希望を尊重しながら周囲の反感を和らげようとしており、状況はウィルソン事件 (141頁) によく似ていると述べている¹²⁶。

2. 企業の方針に対する異議

最近では、使用者が性的指向を含む「多様性」を促進する方針に対して、労働者が宗教を理由に疑問ないし異議を唱える事例が現われている。

Buonanno v. AT&T Broadband, LLC 事件では、会社が「多様性の指針」に同意を求めたのに対して、「我々皆の間にある違いを十分に認識し、敬意を払い、尊重する」ように求める部分について、聖書に反する信念や行為 (ネオ・ナチ運動など) は尊重できないと考えた従業員が上司に意味の説明を求めたが明確な回答はなく、署名を拒否して解雇された。

地裁は、従業員の懸念を十分に聞いて話し合えば理解を得られた可能性を指摘し、仮に配慮が必要としても、「違いがあることを認識…」程度の字句修正により不当な困難もなく多様性を促進する目的を達成できたとして、会社に遡及賃金など約14万6千ドルの損害賠償を命じている¹²⁷。

従業員は、具体的に同僚や会社に悪影響を及ぼす表現をしたわけではない。会社も指針の曖昧さについて十分説明しないまま、署名か解雇という極端な二者択一を迫っている。対応した上司は従業員の意図を十分理解できず、「哲学論争だ」と片付けてもおり¹²⁸、異議を受けて疑心暗鬼に陥った可能性さえ感じさせる事例である。

これに対して Peterson v. Hewlett-Packard Co. 事件では、同性愛を聖書に反

126 274 F.3d 470, 476-77 (7th Cir. 2001).

127 313 F. Supp. 2d 1069, 1082-83, 1086 (D. Colo. 2004).

128 *Id.* at 1076.

する罪だと信じる従業員が、会社が掲示した多様性の啓発ポスターのうち同性愛に関するものに反発し、ポスターは、異性愛やキリスト教原理主義の従業員、特に自分に対する攻撃だと考えた。そこで執務室のポスターに、聖書から同性愛を咎める箇所¹²⁹の引用文を、同僚や顧客などからも見える大きさに貼り付けた。上司らは、ポスターは寛容を促すためのものと説明したが、従業員は、引用文で「同性愛者を傷つけるつもり」と言い、同性愛者が見て悔い改め、救われることを望み、会社が同性愛関連のポスターを外すように求めた。会社との協議は平行線をたどり、結局、解雇されたのである。

控訴裁は、解雇は宗教差別ではなく、会社の嫌がらせ防止指針に違反したためだと判断した。配慮については、①会社が引用文を放置するのは、同僚に対する侮辱や嫌がらせになる。②ポスターを外すのは、職場の多様性施策の対象から同性愛者を排除するよう会社に強いるものとして、いずれも会社が有能な人材を確保するための努力を妨げる不当な困難になるとした。また使用者は、同僚を差別したり権利を奪うような配慮をする必要はないとも述べて、解雇を支持している¹³⁰。

129 イザヤ書3章9節、レビ記20章13節。358 F.3d 599, 601-02 (9th Cir. 2004).

130 *Id.* at 607.

第4章 宗教団体と雇用差別禁止法

第3章で述べたように、1964年に制定された人権保護法第7編〔以下、「第7編」と略称する〕の703条(a)は、雇用関係行為について、使用者が人種、宗教、性別、出身国を根拠に差別することを禁じた。

ところが宗教団体やその付属・系列組織は、第7編自体の例外規定やアメリカ合衆国（連邦）憲法修正1条の宗教条項を根拠に、第7編の適用対象から除かれることがある。

差別の根絶を国の重要な政策としながら、宗教関係の団体や組織を例外扱いするわけである。確かにこれも宗教に対する配慮の一環と言えようが、第3章で見た「合理的な配慮」とは異なり、対象は個人（労働者）でなく団体（使用者）である。その結果、宗教を理由に団体を保護することで、個人を犠牲にする場合も生じる。第4章では、この問題に関する制度や判例を概観し、学説の議論を検討する。

第1節 人権保護法第7編が定める適用除外

労働者が、使用者である宗教団体に対して、第7編に基づく雇用差別の訴えを起こした場合、被告の宗教団体が第7編の適用を免れるための抗弁は2つ考えられる。第1に、差別の根拠が宗教である場合、宗教団体は第7編が定める適用除外の対象であることを主張できる。第2に、原告の職務が主に宗教に関するものである場合、宗教団体は憲法修正1条から導かれるとされる聖職者の例外扱いを主張できる。

裁判所がこれらの主張を認めて使用者を適用除外の対象であると判断すれば、その段階で口頭弁論をせずに訴訟は終わり（summary judgment）、使用者の宗教団体が勝訴することになる。適用除外を認めなければ、訴訟は通常の審理に進む。

1. 適用除外規定

1963年に連邦議会の下院に提出された第7編の当初案では、宗教団体を第7編の適用対象から除外していた¹。しかし最終的に成立した法律では、適用除外の範囲はかなり狭められた。宗教団体は、その「宗教」活動に関わる職務に

* 初出：神戸市外国語大学 外国学研究80号37-56頁（2011年）、神戸外大論叢63巻1号113-135頁（2013年）。

1 「本編を、…宗教法人、社団及び団体に適用してはならない」。H.R.7152, H.R. Rep. No. 914, 88 Cong., 1st Sess. 10 (1963)。

ついて特定宗教の信者を雇用することは認められるが、人種や性別などによる差別は禁じられた²。

1972年の法改正では、「宗教」の限定が除かれ、宗教団体は宗教・非宗教すべての活動について、宗教を理由とする雇用を認められた。ただし、人種、性別、出身国による雇用差別は従来通り違法である。

現行の702条(a)は次のように定めている。

「本節を…その活動にあたり、関連する業務のため特定宗教の信者を雇用している宗教上の法人、社団、教育施設または組織に適用してはならない」³。

703条(e)(2)は、宗教団体が運営する学校についての適用除外を定める。

「特定宗教または特定宗教の法人、社団もしくは団体が、全部または一部を所有、支援、監督もしくは経営しているとき、あるいは、その教育課程が特定宗教の宣布を目的とするときには、学校、単科大学、総合大学またはその他の教育もしくは学習の施設が特定宗教の労働者を臨時及び正規に雇用することを、違法な雇用慣行としてはならない」⁴。

これらの規定から、すべての宗教団体や宗教系学校は、採用や昇進など、雇用に関するさまざまな決定に際して宗教を考慮できる。一般従業員を含むすべての労働者を、特定宗教の信者に限定することも可能である。例えば宗教団体は、特定宗教(または教派)の信者だけを職員にすることができ、宗教系学校は特定宗教の信者であることを教職員の採用条件にできる。他方、宗教性を持たない団体や学校が同じことをすれば、「違法な差別」となる。

2. 法規定の合憲性

1972年の法改正は、憲法修正1条の国教禁止条項に違反する疑いがあった。宗教活動に関わらない雇用での宗教差別について、使用者が宗教団体の場合には第7編の適用を免れるが、非宗教団体の場合には責任を問われるのでは、宗教団体の優遇になるというのである。

King's Garden, Inc. v. FCC 判決(1974年)は、違憲の疑いを指摘している。非営利宗教団体が免許を持つラジオ局が、採用募集の際に応募者本人やその配偶者がキリスト教徒であるかを問うことは宗教差別であると訴えられた。連邦通信委員会(FCC)が差別を認め、雇用方針や慣行について報告を命じたため、

2 1964年の時点では、現行702条(a)の「その活動」が「その宗教活動」になっていた。Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No.88-352, § 702, 78 Stat. 241, 255.

3 42 U.S.C. § 2000e-1(a).なお、アメリカ障害者法(Americans with Disabilities Act) 103条(d)にも同様の規定がある。See 42 U.S.C. § 12113(d)(1).

4 42 U.S.C. § 2000e-2(e)(2).

宗教団体が法の適用除外を主張して命令の再審理を求めた。控訴裁は、適用除外規定は、募集対象の地位が宗教見解の信奉者であることに関わる場合にのみ適用されるという FCC の主張を認め、報告命令は宗教活動の自由を侵害しないと判断した。

控訴裁は改正法の立法過程を検討し、連邦議会の意図は、広く非宗教活動一般についてではなく、主に宗教系学校の教員を適用の対象外とするものと解した。従って、宗教の教義と関連がなければ、宗教系放送局の宗教活動の自由は問題にならない。広範な適用除外を定める改正法の条文は、国教禁止条項が宗教に対する中立性を求めているところから、「合憲性が極めて疑わしい」と述べた⁵。

しかし、この判決は実際の条文より立法者意思を優先するという難点があり、後に最高裁が合憲性を判断することになった。Corporation of the Presiding Bishop of the Church of Jesus Christ of Latter Day Saints v. Amos 判決（1987年）である。

原告の建築技師は、モルモン教系列の非営利法人が経営する体育館に16年間勤めていたが、信者であることの証明書（規則正しい教会出席、寄付、コーヒー・茶・酒・たばこの禁制を遵守している場合に出される）を得られず解雇されたため、宗教差別を主張して訴えを起こし、適用除外規定は違憲であると主張した。

地裁は違憲判決を下したが、最高裁はレモン基準⁶を適用して改正法の規定を合憲と判断した。①宗教団体がその使命を定義し、遂行する能力に対する政府の重大な干渉を軽減するという立法目的は許容できる。②教会が宗教を促進することを許すものであり、政府自身はその活動を通じて宗教を促進するものではない。③教会と国家をより完全に分離し、宗教信念に介入する審査を避けるもので、許されない関わり合いにもならない⁷。

宗教団体の活動に配慮する趣旨と言えよう。この判決の結果、宗教団体は聖職者・非聖職者を問わず、すべての労働者を自らの宗教または教派の信者に限定しても合憲であることが確定した。

5 498 F.2d 51, 53-56 (D.C. Cir.), *cert. denied*, 419 U.S. 996 (1974).

6 *Lemon v. Kurtzman* (1971) 判決が、国教禁止条項をめぐる訴訟の判断基準として示したもの。政府の行為が、①目的が世俗的である。②その主な効果が宗教を援助も抑圧もしない。

③教会と国家との過度の関わり合いをもたらさない、の3点とも満たさなければ違憲となる(403 U.S. 602, 612-13)。

7 483 U.S. 327, 335-39 (1987). ホワイト判事による法廷意見。

3. 適用除外に関する判例

702条(a)は合憲とされたが、規定の適用をめぐり、宗教団体に当たる使用者の範囲や、認められる「差別」などについての訴訟が続いた。

a. 使用者は「宗教団体」に当たるか

1) 新聞 : Feldstein v. Christian Science Monitor (1983年)

クリスチャン・サイエンス・モニター紙は、発行機関のクリスチャン・サイエンス出版協会とともに、クリスチャン・サイエンス教会の創設者によって設立された。原告は大学卒業後、報道業界で経歴を積むためにモニター紙の報道記者を希望して問い合わせると、教会の信者に適任者がいない場合でなければ非信者は雇わないと告げられたが、非信者でありながら応募した。応募書面には宗教に関する質問もあった(①教会の信者か。②酒、たばこ、麻薬、薬物を使っていないか。③説教の生徒か。④宗教所属の履歴)。また、応募者は信者2名による推薦書を提出する必要もあった。原告は応募1か月後に不採用となり、信者でないことを理由とした宗教差別として、教会、出版協会とモニター紙を訴えた。

地裁は、モニター紙は世界のニュースを客観的で偏りなく報道しているが、次の理由から教会、出版協会とモニター紙の密接な関係は否定できず、新聞の目的も教義の宣伝にあると判断した。①同紙や出版協会は教会の創設者が作ったもので、協会の信託証書も教説の効果的な普及・拡大を目的としている。②教会は施設や資金の提供など、新聞経営や日常の運営・財務に密接に関わっている。

社会では報道機関としての評価は確立しているが、モニター紙自体は宗教系団体の宗教活動であるから、宗教を採用条件にできるというのである⁸。

2) 大学 : Killinger v. Samford University (1997年)

原告は説教師でもある大学教授で、アラバマ州バプティスト協議会が1841年に設立した大学の学部と新設予定の神学校で教える予定だった。しかし、神学校長が唱える原理主義神学をめぐり意見が対立して神学校から排除され、神学校との関わりを禁じられた。そこで原告は、学部での教育を続けながら大学を第7編違反の宗教差別で訴え、大学は世俗組織であると主張したが、地裁、控訴裁ともに訴えを退けた。

控訴裁は、次の理由から大学が宗教教育施設であると認めた。①バプティスト協議会から提供される資金が最大の財源(予算の7%)である。②バプティ

8 555 F. Supp. 974, 977-79 (D. Mass. 1983).

スト大学・学校協会の一員である。③協議会などに財務報告をして監査を受けている。④定款が定める大学の主な目的が、高等教育機関におけるキリスト教精神の発展を通じて世界中でキリスト教を促進することにある。⑤内国歳入庁や教育省も、大学を宗教教育施設と認識している。

原告が神学校での教育を禁じられたのは、神学校を指導するために選任された校長と対立したためであり、第7編は、宗教組織がその考えと一致する者だけを雇うことを認めているとしたのである⁹。

3) 児童保護施設 : Fike v. United Methodist Children's Home of VA. (1983年)

原告はメソヂストの平信徒で児童保護施設の事務長だったが、施設は原告を解任して聖職者に交代させたため、施設を宗教差別で訴えた。

地裁は、施設名の「メソヂスト」は名目に過ぎず、施設は世俗団体であると判断した。施設が子供の世話をする日常活動には宗教に関わる内容がなく、教会が信者を理事として任命しているだけでは宗教的とは言えないとの理由である¹⁰。

4) 鋳業設備製造会社 : EEOC v. Townley Engineering & Mfg. Co. (1988年)

特定の教派によらない毎週の礼拝に出席を求める会社に雇われた原告は、5年後に無神論者との理由で上司に出席の免除を求めたが拒まれたため、雇用機会均等委員会 (EEOC) に宗教差別を申し立て、後に辞職した。EEOC は会社を訴えた。

控訴裁は、会社は営利目的で鋳業設備を生産しており、教会に属したり援助を受けているわけではなく、定款も宗教目的に言及していないから、所有・経営者が熱心な宗教信仰を持っていることや、教会への寄付や毎週の礼拝がある程度では宗教的とは言えず、主として世俗の会社であるとした¹¹。

5) 学校 : EEOC v. Kamehameha Schools (1993年)

ハワイ最大の地主だった女性の遺贈で1884年に創設された男子校と女子校では、その遺志によって教員は「永遠にプロテスタント信者でなければならない」とされていた。臨時教員に応募しようとした女性は、宗教要件を知って EEOC に宗教差別を申し立て、EEOC は学校を訴えた。地裁は第7編の適用を認めなかったが、控訴裁は破棄・差し戻した。

控訴裁は学校の宗教性を否定した。①宗教団体の監督を受けておらず、プロテスタントの教派に属したこともない。②学校の目的は、宗教知識の教育から、

9 113 F.3d 196, 199-200 (11th Cir. 1997).

10 547 F. Supp. 286 (E.D. Va. 1982), *aff'd*, 709 F.2d 284, 290 (4th Cir. 1983). ただし、解任の理由について宗教差別を証明できていないとしている (*Id.* at 286, 290-91)。

11 859 F.2d 610, 619 (9th Cir. 1988), *cert. denied*, 489 U.S. 1077 (1989).

生徒の倫理的判断能力を育成することによって変わってきている。③教員に対してプロテスタント教会の積極的な信者であるように求めたことはない。④生徒の宗教属性を問題にせず、現在ではプロテスタントの生徒は3分の1に満たない。⑤ある程度の宗教教育はなされているが、特にプロテスタントの教義を伝えようとするものではなく、生徒の改宗に努めてもいない。

結局、プロテスタントの要素は名目に過ぎず、703条(e)(2)にいう宗教団体との関係もなければ、宗教の宣布に関する教育課程を持つとも言えないため、適用除外規定の要件を満たさないと判断したのである¹²。

b. 使用者は労働者に教義遵守を要求できるか

702条(a)により宗教系団体の使用者は、労働者や求職者に使用者が属する宗教の信者であることを求めることができる。それに加えて、労働者に対して宗教慣行を遵守することまで要求できるのであろうか。

1) 再婚 : Little v. Wuerl (1991年)

原告はプロテスタントだが、カトリック小学校の女性教員(1年契約)だった。宗教を教えることはなかったが、生徒と共にカトリックの儀式に参列し、生徒にカトリックの価値を伝える能力を増進する教員プログラムにも参加していた。能力には問題がなく、契約更新を繰り返して長期在職権も期待できる状況にあった。学校との契約条件は、解雇理由として「重大な風紀違反、公になった醜聞、カトリック教会の公的教説、教義、法を公然と否定すること」を挙げ、教員便覧はその具体例で「カトリック教会が認めない婚姻をすること」を示していた。

原告は採用当初は結婚していたが後に離婚して、カトリック教会で洗礼を受けたが今は信仰を持たない男性と再婚した。カトリックの教義では、一度カトリックの洗礼を受けた者(本件では再婚した夫)は終生信者であり、離婚経験者(原告)との結婚は認められないから、原告は最初の結婚の無効手続を取るべきであった。学校は、彼女が再婚した年度末に、適切な教会法手続を取らなかったことを理由に契約更新を拒否した。そこで原告は学校を宗教差別で訴えたが、地裁・控訴裁とも第7編を適用しなかった。

控訴裁は連邦議会の立法者意思を検討し、第7編は自由な個人が宗教上の偏見を免れて働くことを意図していたが、他方で宗教団体の適用除外を定めることで、教義に基づく慣行に忠実な個人だけの共同体を創り、維持できるように

12 990 F.2d 458, 461-63 (9th Cir.), *cert. denied*, 510 U.S. 963 (1993).

もしたと論じた。そして、宗教学校が、公然と宗教上の原則に沿わない行動をしたカトリック・非カトリックの教員を解雇することは、第7編が定める宗教差別の禁止に違反せず、第7編の適用除外は、再婚を理由に契約を更新しなかった学校の決定にも適用されると判断した¹³。

2) 婚外関係 : Boyd v. Harding Academy of Memphis, Inc. (1996年)

原告は独立のキリスト教会が設立した学園の女性幼稚園教員だった。学園の教員はキリスト教徒のみで、新約聖書を宗教教育に用い、教会の宗教原則の一つが婚外関係の禁止であった。彼女は未婚で、採用の翌年に妊娠して解雇された（園長は、子の父親と結婚すれば再雇用すると告げた）ため、妊娠を理由とする解雇で性差別であると訴えた。

地裁は、少なくとも1960年代から、男女を問わず数人の教員が婚外関係を理由に解雇されており、既婚の女性教員は妊娠しても解雇されていないことを理由に、婚外関係は解雇の口実だとする原告の主張を退けている。宗教原則に反する行為が解雇の理由になると認めたのである¹⁴。

4. 宗教を雇用条件にできる場合

第7編が、宗教団体以外の使用者についても、宗教を理由とした雇用（差別）を認める場合がある。

703条(e)(1)は、「宗教、性別または出身国が、特定の業務または事業を通常行なうために合理的に必要な、真正な職業要件 (bona fide occupational qualification) であるときは、使用者が宗教、性別または出身国を理由に労働者を短期間または長期間雇うこと…を違法な雇用慣行としてはならない」と定める¹⁵。

「真正な職業要件」を理由にできるときは、宗教団体に限らず、どの使用者にも、宗教、性別、出身国による別扱いが認められるというのだが、これは差別禁止の抜け穴にもなりかねない。そのため、最高裁はこの例外を厳格に解している。

女性差別に関する Dothard v. Rawlinson 判決 (1977年) では、「真正な職業要件」は「一般的な差別禁止に対する極めて狭い例外」と述べ¹⁶、International Union, UAW v. Johnson Controls 判決 (1991年) でも、「職務に関連する技能」に関わるもので、使用者の「本質または核心にある業務」に関連していなければならないとする¹⁷。

13 929 F.2d 944, 951 (3d Cir. 1991).

14 887 F. Supp. 157, 159, 161-62 (W.D. Tenn. 1995), *aff'd*, 88 F.3d 410 (6th Cir. 1996).

15 42 U.S.C. § 2000e-2(e)(1).

16 433 U.S. 321, 334 (1977).

1) サウジアラビア勤務のヘリコプター操縦士 : Kern v. Dynalelectron Corp. (1983年)

原告はヘリコプター操縦士で、その会社はサウジアラビアで働く操縦士を提供する契約を結んだ。業務はイスラム教徒巡礼団のメッカ輸送を含んでいた。イスラム法はイスラム教徒でない者が聖地メッカに入ることを禁じており、操縦士は教徒である必要があったため、会社はメッカ勤務者の改宗を求めた。原告も当初は受け入れて改宗のための課程を受講したが、後で改宗をやめ、配置転換を拒んで辞職した。

原告は会社を宗教差別で訴え、会社は真正な職業要件を主張した。地裁はイスラム教徒でない操縦士は教徒である操縦士ほど安全とは言えないとして、会社の主張を認めた¹⁷。

2) 宗教系大学の哲学部教授 : Pime v. Loyola University of Chicago (1986年)

カトリック修道会であるイエズス会は、アメリカでロヨラ大学を含む28大学を経営している。原告はユダヤ人で哲学部の非常勤講師だった。長期在職権(tenure)が伴う地位を希望したが、3件の新規募集いずれでも採用されない見込みを知り、辞職して大学を宗教差別で訴えた。

当時、同学部で長期在職権を持つ教員は31名で、そのうち7名がイエズス会士だった。新規募集3名のいずれも前任者はイエズス会士で、学部長は、哲学部がイエズス会の長い伝統を持った部局であるところから、学生教育に対する強い影響を保つために後任もイエズス会士とすべきだと考え、学部も賛成した。

大学は裁判で、イエズス会信者であることが真正な職業要件であると主張し、地裁・控訴裁も認めた。学生たちがイエズス会士に必要な訓練を受けた教員と接することができるのは有意義であり、イエズス会士がいなければ、ロヨラ大学での教育経験が違ったものになるとの理由である¹⁸。

3) キリスト教学校の司書 : Vigars v. Valley Christian (1992年)

原告が学校司書として勤めるキリスト教学校は、教職員に「ボーン・アゲインの信者で、一貫した実践的なキリスト教信者の生活を送る」ように求めている。教職員は、キリスト教原理主義の価値を教えこむ教会の使命に加わり、キリストの生活に倣った原理主義の生活様式をおくことを誓う声明に署名しなければならない。

17 499 U.S. 187, 203 (1991).

18 577 F. Supp. 1196, 1201 (N.D. Tex. 1983), *aff'd*, 746 F.2d 810 (5th Cir. 1984).

19 803 F.2d 351, 353-54 (7th Cir. 1986). ただし5年後のJohnson Controls判決が職業上の必要を理由とした適用免除の範囲を狭めたため、判例としての有効性には現在では疑問がある。

2 CHARLES A. SULLIVAN & LAUREN M. WALTER, EMPLOYMENT DISCRIMINATION: LAW AND PRACTICE § 8.07, at 520 (4th ed. 2009). カメハメハ学校判決(149頁)も参照。

原告は最初の婚姻の無効手続中に、再婚を考えていた相手との子を妊娠したため、姦通を理由に解雇された。妊娠を理由とした女性差別であるとの訴えに対して教会と学校は、司書は生徒の模範でなければならない、その道徳性は真正な職業要件であると主張した。地裁は、道徳的生活が司書職務の核心に関わるか否かには当事者間に争いがあるとして訴訟の継続を認めた²⁰。

第2節 憲法修正1条と「聖職者例外の法理」

第7編が宗教団体に認めている例外扱いは、宗教に基づく雇用関係の判断を許すものだが、性別や人種などによる別扱いは認めていない。しかし判例は、聖職者や、それと同視できる職務については、憲法修正1条が定める宗教活動の自由や国教禁止、同条から導かれる宗教団体の自律権により、宗教団体の決定は第7編や年齢差別禁止法の適用を受けないと判断してきた。「聖職者例外の法理 (ministerial exception)」と呼ばれる²¹。

最高裁は第7編の制定以前から、憲法解釈として裁判所は教会の内部問題に介入できないと判断してきた。聖職者の選任は教会にとって極めて重要な内部問題であるから、修正1条の宗教条項は裁判所に、聖職者の選任については審査しないように求めているとされ、教会の内部規則や人権保護法規に反することを理由に争われる場合でも、裁判所は教会の聖職者選任権を尊重すべきだというのである。こうして、政府が職場から差別を取り除くという最高度の目的に仕える政策と、教会が政府の干渉を受けずに内部問題を処理する権利とが対立することになる。

1. 第5巡回区控訴裁における初期の判例

1) 救世軍の聖職者：McClure v. The Salvation Army (1972年)

聖職者例外の法理を初めて正面から認めたとされる判決である。

原告は救世軍の女性士官（他教派の牧師に当たる）だったが、同等の地位にある男性士官より給与が少ないことを上司やEEOCに申し立てたところ解任され、救世軍を女性差別で訴えた。地裁は第7編702条(a)を適用して裁判所に管轄権がないと判断したので原告は控訴したが、控訴裁は憲法修正1条の観点から管轄権がないとの結論を維持した。

控訴裁は702条の条文と立法史を検討して、宗教団体は宗教以外の理由による雇用差別について責任を免れないとした。しかし、本件に第7編を適用する

20 805 F. Supp. 802, 808-09 (N.D. Cal. 1992).

21 福嶋敏明「雇用差別禁止法と宗教団体の自由」神戸学院法学38巻2号49頁以下（2008年）は、宗教条項判例、特にスミス判決（第1章56～60頁）との関係に重点を置いた分析である。

のは最高裁判例により修正 1 条違反であると論じる。

①国教禁止：最高裁は、修正 1 条が教会と国家の間に「分離の壁」を設けたことを何度も認めており、その壁は「高く揺るがぬものでなければならない」。

②宗教活動の自由：裁判所が、自由な宗教活動に対して付随的にでも負担を課す国の行為を認めることができるのは、規制に際して極めて重要な国の利益が証明される稀な場合だけである。

③教会の自律権：「教会組織と聖職者との関係は、教会の血液 (lifeblood) である」。聖職者は、教会が目的を実現するための主な手段である。教会にとって、聖職者との関係に関わる問題は最重要の関心事である。聖職者の選任や、給与、配置、職務の決定も、教会の運営や統治の問題である。

最高裁は *Watson v. Jones* 判決 (1871年) で、教会で最高の担当部局が、規律、信仰、教会の規則、慣習または法の問題について決定した場合は、常に裁判所は教会の判断を最終のものとして受け入れ、拘束されるとした。*Gonzales v. Roman Catholic Archbishop* 判決 (1929年) も、純粋な教会の問題に関する適正な教会当局の決定は最終的なものとしている。*Kedroff v. Saint Nicholas Cathedral* 判決 (1952年) は、教会の運営または聖職者の選任を規制する立法は、自由な宗教活動を禁じるものと判断した。*United States v. Mary Elizabeth Blue Hull Memorial Presbyterian Church* 判決 (1969年) も、裁判所が宗教の教義や慣行をめぐる紛争の解決に関わると、宗教教義の自由な発展を妨げ、純粋な教会の問題に世俗の利益を巻き込む危険が生じると述べている。これらの判例から、「宗教団体の自由の精神、すなわち世俗の監督や操作からの独立性、要するに、国の干渉を受けずに信仰や教義、そして教会統治について自ら決定する力」が導かれる。

教会 (救世軍) と聖職者 (原告) との雇用関係に第 7 編を適用するのは、国が教会の実体問題に介入することに加え、聖職者の配置、給与、職務といった教会の運営や統治の問題を調査、審査することであり、その強制的効果は、修正 1 条が定める教会と国家の分離に反する。また、宗教活動の自由条項が介入を禁じている領域を侵す結果になる²²。

こうして、第 7 編が明確に認めていないにもかかわらず、宗教団体は聖職者の雇用については宗教以外の理由による差別も可能とする道が開かれた。②では当時の判例だった厳格な審査に触れるものの、実際には用いず、むしろ③で修正 1 条から一般的に、教会が国の干渉を受けずに内部問題を決定する権利を導いて、裁判所は聖職者の雇用関係に介入できないと論じている。

22 460 F.2d 553, 558-60 (5th Cir.), *cert. denied*, 409 U.S. 896 (1972).

聖職者の雇用関係に第7編を適用しないのなら、問題になる職務が「聖職者」に当たるか否かが、訴訟の終了と続行を分ける重要な問題になる。それ以後の第5巡回区控訴裁は、聖職者の範囲をマクルーア判決との比較で検討するようになった。

2) 宗教系大学の心理学教員：EEOC v. Mississippi College (1980年)

ミシシッピ・バプティスト協議会が所有・経営する大学の心理学科で心理学の非常勤助教授をしていた女性が常勤職採用の選考を希望したが、面接もされずに他の男性が採用されたため、EEOCに女性差別を申し立てた。EEOCは調査のため大学に情報提供を求めたが拒否されたので、裁判所に罰則付召喚・文書提出命令を求めた。地裁は、宗教系大学の教員選考は教会運営に関わるとして命令を認めなかったが、控訴裁は破棄・差し戻した。

①教員の性質：大学はマクルーア判決によって、宗教教育施設と教員の雇用関係は第7編の適用を受けないと主張した。しかし控訴裁は、同判決は教会・聖職者の雇用関係に限定されるもので、大学は教会でなく、教員は聖職者ではないとして区別した。教員は教会と信者との仲介役ではなく、信者の宗教上の必要に対応し、学生に宗教教義を教えることもない。大学からキリスト教実践者の模範として期待されるからと言って、教員の労働条件が教会運営ひいては純粋な教会の関心事になるわけではないとしている。

②国教禁止：大学に教派の影響が浸透していても、その教義は性差別を支持していないから、EEOCの調査が宗教信念に介入する程度はわずかであり、調査が大学の宗教慣行を継続的に妨げるものではないから、宗教との過度の関わり合いは生じない。

③宗教活動の自由：宗教教育施設の数多くはないが、若者を教育する役割から影響力が大きい。第7編の適用が自由な宗教活動に課す負担はわずかであるのに対して、社会から差別を根絶する利益は大きく、702条よりも広く適用を除外することは連邦議会の企図を大きく損なうから、第7編を教育施設に適用しても宗教活動の自由条項に違反しない²³。

3) 神学校の一般職員：EEOC v. Southwestern Baptist Theological Seminary (1981年)

南部バプティスト協議会が所有・経営する神学校は、聖書を教育課程の中心とした神学教育を行ない、生徒を教会活動指導者の訓練に適応させることを使命としていた。神学校の労働者は教員、管理職員、一般職員に分かれ、このうち教員と管理職員は叙任された聖職者で、宗教上の基準によって雇用、配置、

23 626 F.2d 477, 485, 488-89 (5th Cir. 1980), *cert. denied*, 453 U.S. 912 (1981).

昇進、長期在職権付与、評価、解雇がなされる。一般職員は聖職者ではないが、宗教や教育に関する職務に当たることもあった。

EEOC は連邦議会が認めた権限により、高等教育を行なう民間組織に対して、労働者の職務内容、雇用契約期間、給与区分、性別、人種、出身国に関する報告書を求めた。神学校は提出を拒否したため、EEOC は裁判所に提出命令を求めた。神学校は、雇用関係に対する EEOC の規制はすべて、政府と宗教との過度の関わり合いをもたらし、宗教活動の自由を害すると主張した。地裁は命令を認めなかったが、控訴裁は一部破棄・差し戻した。

控訴裁は職務の性質を検討して、宗教への傾倒が重視され、生徒にとって聖職者の模範であることが期待される教員や、教員を監督する校長などの管理職員は聖職者とした。しかし、財務、施設維持などの職員については、宗教団体が伝統的に布教に不可欠な機能を越えて活動するときには、伝統的に宗教でないと考えられる職務に雇われた者は聖職者とはみなせないとして、教員や管理職員以外の職員や補助者については報告義務が及ぶとした。報告を求めても、神学校と政府との関係はわずかで国教禁止条項に違反せず、差別を主張する宗教教義のない神学校に報告義務を課しても宗教信念の行使に直接には負担をかけず、修正 1 条の問題は生じないとしている²⁴。

このように1980年代初頭の第 5 巡回区控訴裁は、聖職者の範囲を広げることには慎重な態度を取り、それが特に第 9 巡回区控訴裁に影響を及ぼした。

2. 「聖職者」の範囲

教会や宗教系団体における雇用差別に対する裁判所の態度は、次のように整理される²⁵。

第 1 に、聖職者の任命については教会自身の判断を尊重しており、任命に関して差別が主張されても、裁判所は審査できない。

第 2 に、教会の一般労働者については、基本的には雇用差別を訴えることができるが、宗教的使命と重要な関わりを持つ職務の場合、聖職者と同様に、裁判所は審査しない。

第 3 に、宗教系学校の宗教教員についても裁判所は介入しない。

ところが、宗教系学校の一般教員については裁判所の判断が分かれている。最高裁は *National Labor Relations Board v. Catholic Bishop of Chicago* 事件で、修正 1 条の国教禁止条項を理由に、全国労働委員会はカトリック学校に対して全国労働関係法を適用する権限を持たないと判決した²⁶。この判決の射程と

24 651 F.2d 277, 283-86 (5th Cir. 1981), *cert. denied*, 456 U.S. 905 (1982).

25 WOLF ET AL., *RELIGION IN THE WORKPLACE*, 15-16 (1998).

EEOC や第 7 編の問題について、いくつかの控訴裁判所は雇用年齢差別禁止法や同一賃金法による訴訟を認めており、最高裁も *Ohio Civil Rights Commission v. Dayton Christian Schools* 判決で、州の人権組織が宗教学校での性差別を調査することを認めた²⁷。

「聖職者」に当たるか否かが問題の解決を左右することになるために、その範囲が争点になるのである。

a. 「聖職者」に当たらない職務

1) 宗教系出版社の編集者：EEOC v. Pacific Press Pub. Assn. (1982年)

安息日再臨派の信者で、教会附属の非営利出版社で15年間編集者だった女性は、出版社の男女別賃金制を女性差別で EEOC に申し立て、同僚女性の同様の手続に参加した後に経営関係の業務を減らされた配転も使用者の報復 (retaliation)²⁸として申し立てた。出版社の経営権を持つ教会の勧告により、出版社は、申し立てをした女性 2 人を聖書の教えと教会の権威に従わなかったとの理由で解雇したため、EEOC は出版社を訴えた。地裁と控訴裁は第 7 編違反を認めた。

第 9 巡回区控訴裁は前述した第 5 巡回区控訴裁の判例を検討して、女性は聖職者でも宗教文書の著者でもなく、出版社は原告の職務が聖職者や神学校教員のように教会機能の核心に当たることを証明していないと判断した²⁹。

出版社は第 7 編の適用が修正 1 条違反になると主張したが、控訴裁は認めなかった。①教会は女性や少数派集団に対する差別を否定しており、給与方針にも差別はないとしているから、第 7 編の給与均等条項を適用しても教義と対立しない。②本件解雇に対する審査は、宗教上の規律に法的責任を問う可能性もあり、宗教活動に対する相当な負担になるが、均等な雇用機会を確保することは政府の極めて重要な利益である。③EEOC の訴えは独自の判断ではなく労働者の申し立てによるもので、裁判所が救済を命じても、企業に対する継続的な監視ではなく、国教禁止条項に反する過度の関わり合いにはならない³⁰。

26 440 U.S. 490 (1979) (全国労働関係委員会が、教会の宗教原理と労働者の利益の対立について判断することは、宗教問題との「過度の関わり合い」をもたらすとした)。

27 477 U.S. 619 (1986)。

28 第 7 編 704 条 (a) は、使用者が労働者について、雇用差別に関する「調査、手続または審理における告発、証言、支援または参加」を理由に差別することを違法な雇用慣行と定めている。42 U.S.C. § 2000e-3 (a)。

29 676 F.2d 1272, 1278 (9th Cir. 1982)。

30 *Id.* at 1279-82。

2) 宗教学校の教員：EEOC v. Fremont Christian School (1986年)

ペンテコステ派のアッセンブリー・オブ・ゴッド教会が所有する学校の教職員は、福音派教会の会員でなければならず、①聖書を文字通りに受け取る。②両性は神の前での尊厳において平等である。③婚姻では夫が家長である、との信仰を受け入れる必要があった。学校は教職員に健康保険を提供していたが、給付対象は「家長」すなわち夫または独身者のみだった。女性教員の1人が、既婚の女性教職員が保険の対象外とされるのは女性差別であるとEEOCに申し立て、EEOCは学校を訴えた。学校は第7編が適用されないと主張したが、地裁と第9巡回区控訴裁は差止命令を認めた。

学校は、家長のみを保険の対象とする雇用方針は宗教信仰に基づくもので、宗教活動の自由によって保障されると主張した。控訴裁は、教会代表が、教会は不公正な区別に従って女性を扱うことはできないと述べており、学校は家長の給与が女性より多い給与体系を近年放棄していたから、学校での性差別を防ぐことが宗教信念に相当な影響を与えることはない³¹と判断した。

学校はさらに、裁判所が第7編による救済を命じると、教会の問題に政府が過度に関わることになる³²と主張したため、控訴裁は以下の3点について検討し、主にミシシッピ大学判決(155頁)やパシフィック・プレス判決(157頁)に依拠して国教禁止条項違反を否定した。

①組織の性格と目的：学校は教会の宗教的使命と不可分に存在し、教員は聖職者としての特別な役割があると主張するが、教員が教会と信者を仲介する機能を果たしているとは言えない。

②規制による介入の性質：第7編による差止訴訟は長期に及ぶ可能性があり、教会の職員や記録は司法手続に服するが、審査は学校の雇用慣行にのみ関わり、教会の精神的機能には関わらない。

③政府と宗教組織との関係：本件における裁判所と学校との関係は、範囲も効果も限られている。宗教施設における労働者の給与に関する規制と同様に、さしたる関わり合いは生じない³²。

3) 宗教系学校 of 教員：DeMarco v. Holy Cross High School (1993年)

原告はカトリック高校の数学教師で、祈りやミサ参列の際には生徒を先導していた。高校には1年契約で雇用され、5年間更新が続けば長期在職権を得られることになっていたが、高校は5年目の年度末に契約を更新しないと通知した。原告はEEOCに更新拒絶は年齢差別であると申し立て、EEOCが年齢差別禁止法に違反しないと判断した後³¹に高校を訴えた。高校は、①更新拒絶の理由

31 781 F.2d 1362, 1368 (9th Cir. 1986).

32 *Id.* at 1369-70.

は年齢ではなく、原告が授業の初めに祈りをせず、ミサにも参加しなかったという宗教上のものである。②宗教施設に年齢差別禁止法を適用するのは国教禁止条項違反である、と主張した。地裁は②の主張を認めた。

第2巡回区控訴裁は地裁判決を破棄・差し戻した。一般教員 (lay teacher) に関する本件は、カトリック教義の価値や真実性を問題とせず、原告が宗教の職務を果たしたか否かに絞って判断することは容易であるから、裁判によって過度の関わり合いに至る重大な危険は生じないとしている³³。

4) 礼拝堂の職員 : Weissman v. Congregation Shaare Emeth (1994年)

原告は改革派ユダヤ教ではアメリカ最大の信者を有する礼拝堂の職員で、事務、施設管理、警備担当者を監督し、礼拝堂の財産、施設や財務記録を管理していた。聖職者ではなく、宗教問題についての決定にも関わらなかったが、職務分析記録では、ユダヤ人の生活に対する積極的態度を取り、礼拝堂の趣旨、理想、目的を理解し、信者や一般人の間に礼拝堂の良い印象を増進することが求められていた。

原告は4年間務めたが、警備員の監督が適切でないなど勤務内容に満足できないとの理由で解雇された。原告は当時63歳で後任は37歳だったため、礼拝堂を年齢差別で訴えた。礼拝堂は、雇用の決定に年齢差別禁止法を適用するのは修正1条違反であると主張した。地裁は礼拝堂の主張を認めたが、第8巡回区控訴裁は破棄・差し戻した。

控訴裁は、①職務の大部分は世俗的で、宗教的と言えるのは職務分析記録の記述のみである。②解雇の理由も宗教に関わるものとは言えない。③本件に年齢差別禁止法を適用しても、礼拝堂の憲法上の権利を侵害するほど重大な危険が生じるとは言えない、としている³⁴。

5) 修道院の料理人 : Stouch v. Brothers of the Order of Hermits of St. Augustine (1993年)

カトリック修道院を解雇された料理人が年齢差別を訴えたところ、修道院は年齢差別禁止法の適用は修正1条違反であると主張したが、地裁は退けた。

地裁は、①訴訟を審理しても、修道院の問題に過度に関わり合い、修道士の宗教信条を問題にするわけではないから国教禁止条項に違反しない。また、②年齢差別禁止法は労働者一般に適用される中立な法で、特定の宗教団体を対象にしたり差別するものではないから、同法を適用しても宗教活動の自由条項に反しない、としている³⁵。

33 4 F.3d 166, 172 (2nd Cir. 1993).

34 38 F.3d 1038, 1045 (8th Cir. 1994).

b. 「聖職者」に当たる職務

1) 牧会活動の補助者 : Rayburn v. General Conf. of Seventh-Day Adventists (1985年)

原告は安息日再臨派の白人女性信者で神学修士・心理学博士だった。牧会活動の研修と、教派最大の教会での牧会活動補佐 (associate in pastoral care) に応募していずれも不採用となったため、性別などによる差別を EEOC に申し立て、次いで教会協議会などを訴えた。地裁は憲法修正 1 条により訴えが禁じられると判断し、第 4 巡回区控訴裁も支持した。

控訴裁は、教会の存続は聖職者の活動に依拠しているから、教会が指導者を自由に選ぶ権利を政府が制限しようとするのは、教会が自由に活動する権利に負担を課すものだとする。平等な雇用の機会を確保することは「最高度の」利益であると認めるが、精神的指導者の選任に政府の基準を持ち込むのは、「教会と国家の関係を重大かつ致命的に再編してしまう」。裁判所は、「牧会活動補佐の地位が…教会の精神的使命に重要であるか否かを決定するのが職務であり、…原告の採用を拒否した理由が、何らかの神学上の信念に根拠を持つか否かを審査することはできない」³⁵。また、聖職者の雇用関係に第 7 編を適用することは、教会と行政の見解が対立する場合や、行政・司法機関が関わる長期の手続や訴訟を避ける可能性を考えると、実体と手続の両面で政府と宗教組織が過度に関わり合うおそれがあるという³⁶。

安息日再臨派は女性を牧師にすることを禁じており、牧会活動補佐も教会の叙任を受ける聖職者ではなかった。しかし、控訴裁は叙任の有無よりも地位の機能を重視した。そして牧会活動補佐を、安息日学校で子供に教会生活を案内し、信者の集会で聖書の学習を指導するなど、教会と信者を仲介し、礼拝や儀式にも列席する、信者にとって「価値ある精神的指導者」であると捉えた。判決は、労働者の「主な職務 (primary duties) が信仰の教育や普及、教会の管理運営、修道会の監督、宗教儀式や礼拝の監督または参加」である場合には聖職者とみなすべきだと述べた³⁷。この基準は以後の諸判決で用いられる。

2) 宗教系大学の神学部教員 : Maguire v. Marquette University (1986年)

マーケット大学はイエズス会の後援で創設され、カトリック信仰が高等教育に有益であると示すことを基本目的にしている。理事 29 人のうち 8 人はイエズ

35 836 F. Supp. 1134, 1144 (E.D. Pa. 1993). ただし判決が主に論じたのは、料理人が法の適用を受ける「労働者」に当たるか否かであった (*Id.* at 1138-42)。

36 772 F.2d 1164, 1167-69 (4th Cir. 1985), *cert. denied*, 478 U.S. 1020 (1986).

37 *Id.* at 1170-71.

38 *Id.* at 1169 (Bruce Bagni, *Discrimination in the Name of the Lord: A Critical Evaluation of Discrimination by Religious Organizations*, 79 COLUM. L. REV. 1514, 1545 (1979) を引用)。

ス会士とされ、内規変更を拒否する（理事の4分の1を超える）には十分な数であり、地元イエズス会連合の寄付は大学の重要な財源だった。理事会は、イエズス会士の雇用を優先する権利を留保する案を承認していた。

原告は数年間に6度神学部の教員に応募したが採用されなかった。神学部教員の約半分はイエズス会士で、女性の常勤教員は1人だけだった。そこで、カトリックで能力もありながら採用されないのは、女性であることや妊娠中絶に関する見解が理由だと主張して大学を訴えた。大学は、不採用の理由は、原告がカトリック教会の教えや、大学の目的と使命に敵意を持っているためだと反論した。

地裁は、採用に関する決定を審査すれば、原告がカトリックの教義に従っているのか否かを判断する必要が生じるが、修正1条によれば、判断をするのは裁判官ではなく神学部や教会当局であるとした。原告の救済を認めるのは、裁判所のカトリック解釈を大学に強いることになり、哲学部の自由な宗教活動を妨げるというのである。神学の教員ほど大学の宗教的性格と密接に関連する教職はなく、本件はミシシッピ大学訴訟（155頁）ではなくマクルーア訴訟（153～154頁）に近いとしている。神学教員と聖職者の役割は異なるが、神学の主題は教会の教義や信仰と密接に関連しており、宗教とは何かという核心に関わるという類似性があるとも述べる³⁹。

3) 教会附属病院付き司祭：Scharon v. St. Luke's Episcopal Presbyterian Hosp. (1991年)

原告は聖公会の叙任を受けた女性司祭で、聖公会附属の病院で患者への助言や宗教儀式をしていたが、上司の司祭から教会法違反を理由に解雇され、年齢及び女性差別を主張して病院を訴えた。地裁と第8巡回区控訴裁は、病院の申し立てを認めて裁判所の審査権を否定した。

控訴裁は、病院と原告は宗教施設と聖職者の関係にあると判断した。病院は多くの世俗業務をしているが、理事会は教会の代表とその指名者が構成し、規約の改正には教区の承認が必要であるなど、かなり宗教的性格を持っている。原告も叙任を受けた司祭であり、多くの宗教儀式を行ない、主として聖職者の地位にあるとした。

そして、教会附属施設の聖職者人事は宗教問題であり、裁判所は審査できないとした。地裁が指摘した政府と教会との過度の関わり合いの禁止に加えて、宗教活動の自由条項は、裁判所が宗教教義や教会法の意味を教会当局に押しつけることを禁じているからである⁴⁰。控訴裁はこのような観点から、「厳格に

39 627 F. Supp. 1499, 1503-04, 1506 (E.D. Wis. 1986), *aff'd on other grounds*, 814 F.2d 1213 (7th Cir. 1987).

本件の状況に限定して」年齢差別禁止法の適用除外を認めた⁴¹。

4) 宗教大学の教会法教授：EEOC v. Catholic University of America (1996年)

高校教員だった元修道女は上司の勧めで教会法の学位を取り、カトリック大学で准教授になって長期在職権を求めたが、教歴や公刊学術論文数が足りないなどの理由で認められず、EEOCに女性差別を申し立て、EEOCは大学を訴えた。大学は教会法学部教員の主な役割は聖職者に相当すると主張し、地裁も第7編の適用は宗教活動の自由と国教禁止条項に反するとしたためEEOCは控訴したが、首都特別区控訴裁は地裁判決を支持した。

控訴裁は、教会法教授の地位は、レイバーン判決(160頁)が示した聖職者機能の基準に適合するとした。学部の使命は「聖なる教義と、それに関する規律を促進し、教育すること」であり、教員には、教会の秘跡に基づく生活を支配する法を学生に教え、信者の権利及び義務と、司祭の責任を定義することが託されている。このような役割は、カトリック教会の精神的使命や聖職者の使命に不可欠だというのである⁴²。

5) 教区の広報担当者：Alicea-Hernandez v. The Catholic Bishop of Chicago (2003年)

原告はカトリック大司教管区でヒスパニック住民向け広報を担当する女性で、報道発表資料を作り、教会の活動を促進するためにメディアや地域住民と共に作業する準備を整え、教会出版物の資料を作る等の仕事をしていた。職場条件の改善を試みたが妨害され、運営会議から排除されたことなどを理由に辞職すると、後任の男性は能力が低いのに給与が高いとして、女性及び出身国による差別を主張して司教を訴えた。地裁と第7巡回区控訴裁は、修正1条により第7編の訴えを審査できないとした。

控訴裁はレイバーン判決を援用して聖職者例外の法理を適用した。原告は教会の意思を社会に伝える責任があり、教会と地域住民の間で情報の仲介役を果たしており、教会がヒスパニック住民に示す意思を形成するために不可欠な職務は聖職者に相当する機能を果たしているとされた⁴³。彼女の職務は一見、聖職者のものとは言えないが、教会の使命の核心に密接な関係があると位置づけられたのである。

40 929 F.2d 360, 362-63 (8th Cir. 1991).

41 *Id.* at 361-62 n.2. 年齢差別禁止法による労働者の定義は第7編とほぼ同じだが、条文も立法過程も、連邦議会が同法を教会付属施設に適用する意図があったのか明らかにしておらず、検討を他日に委ねるとしている。

42 83 F.3d 455, 463-64 (D.C. Cir. 1996).

43 320 F.3d 698, 704 (7th Cir. 2003).

6) 大聖堂の音楽監督 : Tomic v. Catholic Diocese of Peoria (2006年)

原告は大聖堂の音楽監督兼オルガン奏者だった。仕事には、ミサの補助、司教による典礼の举行、ミサ等の行事でのオルガン演奏が含まれていた。イースターでの音楽をめぐって司祭と対立して解雇され、教会がずっと若い人物を後任としたため、司教区を年齢差別で訴えた。

第7巡回区控訴裁は、教会が主張する解雇理由は、特定の音楽がイースターにふさわしいかという典礼に関わるものであると指摘した。原告は、教会の主張は年齢差別を隠す口実に過ぎないと主張し、それに教会が反論する、といった応酬が続くと予想され、裁判所は宗教論争に深入りせざるを得なくなるため、裁判では判断できないというのである。ディマルコ判決(158頁)は、原告が祈りやミサ出席をしたかという単純な事実をめぐるので、教会の教義には触れずに判断できたとして本件とは区別している⁴⁴。

7) 大学の宗教主任 : Petruska v. Gannon University (2006年)

原告はカトリック系大学の社会事業部長で、女性で初めての宗教主任(chaplain)にもなり、性的嫌がらせ委員会に属していた。性的嫌がらせを理由に学長が辞任すると、地区司教は問題の隠蔽を命じたが原告は強く反対し、別の委員会で大学の方針を批判する報告書を起草した。新学長が管理部門を再編すると、原告は学長補佐から外され、宗教主事を辞任してEEOCに性差別や大学の報復行為などを申し立て、大学を訴えた。

地裁は管轄権がないと判断したが、第3巡回区控訴裁は、一度は聖職者例外の法理を適用しない判決を下した。「裁判所は宗教活動の自由条項を、宗教原理と関係のない差別を自由に認める許可状にするつもりはない。雇用に関わる決定が、宗教信仰、教義または教会の規律といった動機によらない場合、宗教活動の自由条項に基づく聖職者例外の法理は、聖職者の労働者による第7編訴訟を禁じないとの結論に至った」⁴⁵。

ところが数日後に判決を書いた判事が亡くなり、大学の再審理申し立てが認められた結果、新たな合議体が組織され、今度は次の理由で第7編の適用を否定した。①宗教活動の自由条項は、教会が統治及び内部組織の問題を決定する権利を保障しているから、精神的機能を果たす者の選任や、その職務の配分に関する大学の決定は、政府の干渉から保護される⁴⁶。②大学の宗教主任の職務

44 442 F.3d 1036, 1040-41 (7th Cir.), *cert. denied*, 549 U.S. 881 (2006).

45 See RAYMOND F. GREGORY, ENCOUNTERING RELIGION IN THE WORKPLACE 177 (2011). 取り消された判決文は、<http://www.ca3.uscourts.gov/opinarch/051222p.pdf>を参照(2014年5月12日閲覧)。

46 462 F.3d 294, 306 (3d Cir. 2006), *cert. denied*, 550 U.S. 903 (2007).

には、カトリック・アイデンティティ検討委員会の議長、礼拝の計画や祈りなど聖職者の機能があり、レイバーン判決の基準に適合する⁴⁷。

c. 初期修道者の扱い

1) 判例の傾向、特にレイバーン判決（160頁）からすれば、聖職者に叙任される前の段階である修道者は、当然聖職者に含まれるように見える。にもかかわらず聖職者例外の法理を適用しなかったのが、*Bollard v. California Province of the Society of Jesus*（1999年）である。

原告の男性は、修練士として司祭になるための修行中に、イエズス会の2つの学校で先輩から性的嫌がらせを受けた。ポルノを送りつけられ、嫌がっているのに言い寄られ、猥談をされたというのである。学校に報告したが、何も対応は取られなかったため、修道士になる前に修道院を去らざるを得なかったとして損害賠償を求めた。地裁は管轄権がないと判断したが、第9巡回区控訴裁は破棄・差し戻した。

控訴裁は、第7編に規定がないにもかかわらず、憲法に基づいて聖職者例外の法理が認められてきたことから、例外は修正1条に従うために必要な範囲に限られるとした。その上で、イエズス会は嫌がらせ行為を正当化せず、宗教価値や信条と合致しないと非難しており、本件に第7編を適用してもイエズス会の宗教信仰や教義に影響を及ぼさず、教会の人事問題でもないから宗教活動の自由に反しないと判断した⁴⁸。

政府と宗教の過度の関わり合いについても、①宗教問題とはいえない本件には実体上の問題がない。②裁判所は、性的いやがらせの性質や程度、教会が再発防止のためにとった手段について世俗的に判断すればよく、原告は教会への復帰を求めているから宗教教義や慣行を評価する必要がなく、訴訟の継続を認めても手続上の問題はない、と述べた⁴⁹。

ただ、この判決はbで見た聖職者例外の法理を幅広く適用する判例の傾向からは異質なものと言え、再審理申し立てを退けた決定⁵⁰にも4人の判事が反対している。次のロサティ判決も、ボラード判決に依拠した原告側の主張を認めなかった。

2) *Rosati v. Toledo, Ohio Catholic Diocese*（2002年）

原告の女性は中年になってからカトリックの修道院に入った。修道院ではい

47 *Id.* at 307 n.10.

48 196 F. 3d 940, 946-48 (9th Cir. 1999), *reh'g denied*, 211 F.3d 1331 (9th Cir. 2000).

49 *Id.* at 949-50.

50 211 F.3d 1331 (9th Cir. 2000). 第9巡回区控訴裁判事の全員法廷 (*en banc*) による決定。

くつかの段階を経ることになっており、①6ないし12か月かけて世俗の生活から修道院生活に移行する期間、②修練女として修道院の宗教生活に入る約2年間、③その後約3年間の仮誓願の期間が終わると、④神に対する終生誓願をして修道女となる。

修道院に入る際健康診断には問題がなく、教区の健康保険にも加入した。ところが1年半後に乳がんが診断され、医者を変えて治療について話し合う場で修道院長は「彼女には修道院を出てもらわなければならない。我々に彼女の世話ができるとは思わない」と言った。この翌日に副院長から院長が再考していると告げられ、修道生活を続けられる希望もあるかに見えたが、治療中になんとは別に腕と首の麻痺が生じ、副院長は5か月後に、修道院の評議会は原告に修道院を出てもらうことに決めたと告げた。療養には修道院外の方が良いというのだが、健康保険の対象外になるわけである。

そこで原告は、修道院から排除して健康保険の負担を免れるのはアメリカ障害者法および州の差別禁止法違反であり、屈辱を受けて著しい精神的苦痛を被ったとして教区と修道院を訴えた。修道院側は、宗教活動の自由条項から宗教団体は国の干渉を受けずに内部運営問題、特に宗教関係の人事を決定する権利があるとして訴えの却下を求め、原告は修道会の生活様式に適していなかったとも主張した。

原告側はボラード判決により、本件に聖職者例外の法理は適用されないと主張した。修道院は差別を支持しておらず、審理を認めても、修道会の教義や自律権に干渉する必要はないことに変わりはないというのである。また、修道院側の主張は、副院長の言葉や、健康問題が生じるまでは彼女の適性が疑問視されていなかったことと一致せず、法的責任を逃れるために聖職者例外の法理を利用していると論じた。ボラード判決が聖職者例外の法理を機械的に適用しなかったのと同様に、事例ごとに適用の可否を判断すべきだとも主張した⁵¹。

修道院側は、ボラードは教団を離れるように求められたわけではなく、その訴訟で聖職者の選任は問題にならなかったが、本件の原告は修道院に残ることを認められなかったのであり、審理を認めると裁判所は聖職者の選任過程に関わる必要が生じると反論した。地裁は修道院側の主張を認め、第7編と同様に、アメリカ障害者法や州法にも聖職者例外の法理を適用しなければ、聖職者を選ぶ教会の「特権 (prerogative)」が侵されると述べて原告の訴えを退けた⁵²。

この訴訟の顛末は、真の背景や動機が別にある場合でも、宗教団体が問題を聖職者の選任であると位置づけさえすれば、差別を主張する訴訟を容易に遮断

51 事実関係や当事者の主張は233 F. Supp. 2d 917, 918-19 (N.D. Ohio 2002); Gregory, *supra* note 45, at 170-74による。

52 233 F. Supp. 2d at 922.

できることを端的に示した。

第3節 「聖職者例外の法理」をめぐる議論

第2節で見たように、聖職者例外の法理は、憲法や法律が定めたものではないが、下級裁判所の判例で認められてきた。しかし、長らく連邦最高裁の判決がなかったために、法理の是非に関する議論が続いていた。

1. 関連する最高裁判例

a. 教会の内部紛争

聖職者例外の法理を初めて認めたとされるマクルーア判決（153～154頁）が援用したのは、教会の内部紛争に関する判例であった。

1) 教会の財産管理権：Watson v. Jones（1872年）

指導的先例とされる判決であり、ケンタッキー州の長老派教会で起こった財産管理権をめぐる奴隷制度反対派と支持派との対立が関わっていた。

最高裁は、（憲法ではなく）「我が法制度における教会と国家の関係についての広範かつ健全な見解」に基づいて、裁判所は教会の最高機関による判断を尊重すべきであるとした。「権限を有する教会の最高機関が、規律、教義、教会規則、慣行または法について判断したときには、司法機関は常に、その判断を最終的で拘束力をもつものとして受け入れなければならない」⁵³。

判決は、根拠として次の点を挙げている。第1に、個人が自発的に教会に加入して、その組織体制を受け入れていること。第2に、国家と教会の役割分担。「政府の機構は、市民の自由を保護するために、世俗の組織を宗教による介入から解放した。他方で、宗教の自由を、世俗権力による侵害から守ってきた」。第3に、裁判所は、教会の複雑な教えについて判断する能力がないこと、である⁵⁴。

ブレイディ（K. A. Brady）は、ワトソン判決から、宗教団体に対する政府の規制について3つの立場を導くことができると分析する⁵⁵。

第1は、宗教結社の自由から教会の広範な自律権を導く立場。個人が自発的に宗教結社を作り、教会運営を判断する権利は、内部紛争に対する裁判所の不介入だけでなく、政府による規制からの広範な保護を必要とするというのである。これは、国家と教会の分離を徹底する志向にも一致するとされる。

第2は、宗教団体の権利を限定する立場。ワトソン判決が教会の宗教判断を

53 80 U.S. 679, 727 (1872).

54 *Id.* at 729-732.

55 Kathleen A. Brady, *Religious Organizations and Free Exercise: The Surprising Lesson of Smith*, 2004 B.Y.U. L. REV. 1633, 1638-40.

尊重したことを重視して、政府の規制が教会運営の世俗的側面のみを対象にしている場合には、宗教の自由は問題にならないとする。

第3は、ワトソン判決は教会財産をめぐる内部紛争に関わるものであり、政府の規制は全く別の問題であるとする立場。中立な規制であれば、宗教団体を特に保護する必要はないとされる。

2) 大聖堂の管理権 : *Kedroff v. Saint Nicholas Cathedral of Russian Orthodox Church in North America* (1952年)

ワトソン判決を、宗教団体に対して「教会の運営や信条、教義について国の干渉を受けずに自ら決定する力」を認めたものと捉え、それは宗教活動の自由として憲法の保障を受けるとした。また、「教会と国家の分離の準則」から、聖職者を選任する自由は政府の介入を受けないとも述べている⁵⁶。

ただし、同判決は特殊な背景から生じたものである。問題になったのは、ニューヨークのロシア正教会大聖堂の管理権であった。北米ロシア正教会は、モスクワの教会最高機関がソヴィエト政府（当時）の道具になっているとの懸念に基づき最高機関の管理から離脱しており、北米ロシア正教会が独自に選任した大司教と、モスクワ総主教が任命した大司教が管理権を争っていたのである。

判決は、北米正教会の判断を正統なものと方向づけるニューヨーク州法は、宗教の自由から許されない領域に国家権力を立ち入らせるもので、修正1条に反するとした⁵⁷。つまり、教会運営に対する政府の意図的な介入を違憲としたものであり、雇用差別禁止法制のような宗教に中立な規制に関する判断とは言えない。

3) 聖職者の解任 : *Serbian Eastern Orthodox Diocese for United States and Canada v. Milivojevic* (1976年)

セルビア東方正教会から解任された主教が民事訴訟を起こし、イリノイ州最高裁は解任手続が教会法に反することを理由に復職を命じたが、連邦最高裁はこの判決を破棄した。「修正1条が、もっぱら聖職者の最高機関に解決を委ねた典型的な宗教紛争」の解決に、裁判所が関わるのは違憲であるとしている⁵⁸。この判決も、一般法による規制に関わるものではない。

b. 宗教活動の自由

聖職者例外の法理は、宗教団体について、聖職者またはそれに類する者の雇用に関する判断の自由を認めるものである。それは宗教団体の宗教活動の自由

56 344 U.S. 94, 116, 110 (1952).

57 *Id.* at 110, 119.

58 426 U.S. 696, 720 (1976).

にとって重要であり、必要であると主張されてきた。ここで問題になるのが、聖職者例外の法理を認める判例が形成された後で、1990年に下されたスミス判決⁵⁹（第1章56～58頁）の扱いである。

第1章で見たように、最高裁は1963年のシャーバート判決⁶⁰（18～19頁）以降、宗教活動の自由の実質的な負担となる規制については厳格に審査して、極めて重要な公の利益（*compelling state interest*）を実現するための、必要最小限の規制であることを求めてきたが、スミス判決はこの枠組みを事実上破棄したのである。1992年のルクミ・ババル判決⁶¹（第2章66～67頁）は、宗教を狙い撃ちにした規制については厳格に審査することを明らかにしたが、それ以外の宗教に中立な規制は、スミス判決によって合理性があれば足りると解されている。

雇用差別禁止法制は、宗教に中立な法規制に他ならない。それでは宗教団体は、宗教活動の自由を理由とした別扱い、つまり聖職者例外の法理を主張できないことになるのであろうか。

結論から言えば、下級裁判所はおおむね、スミス判決を理由にして聖職者例外の法理を否定することはなかった。スミス判決は「個人の」宗教活動の自由に関するものであるが、聖職者例外の法理は「宗教団体の」宗教活動の自由に関わっているなどとして判例の区別を図ったのである。

カトリック大学判決（1996年）（162頁）は、「教会が政府の干渉を受けずに聖職者を選任する権利を保障することは、教会の信者が、その信仰を自分に課される法に優先させることによって、信者に力を与えるものではない。また、〔聖職者の〕例外は、裁判官に対して、宗教活動の自由の領域で、極めて重要な利益の基準を適用する前に、宗教信仰における核心性について判断するように求めるものでもない」と述べている⁶²。

スミス判決が厳格な審査によって規制を免除することの弊害としていた、「個別信者の信仰を法に優先させること」や、「裁判所が、問題となっている信仰の重要性を判断する必要」は、聖職者例外の法理には当てはまらないというのである。また、スミス判決以前に聖職者例外の法理を認めてきた判例は、必ずしも当時の厳格な審査に依拠したわけではなく、最高裁が教会の基本的権利として認めてきた自律権を根拠にしていたとも指摘している。

後の判決では、宗教活動の自由による保障内容を端的に2つに分けるものも

59 *Employment Division, Department of Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

60 *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

61 *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1992).

62 *Catholic University*, 83 F.3d at 462.

見られる。スミス判決は「個人がその宗教慣行を守る能力に対する政府の侵害に焦点を当てていた。…教会が聖職者を選任して管理する能力に対する政府の干渉は、判決の争点ではなかった」⁶³。あるいは、スミス判決は「教会自律権の法理に関わる原則を害するものではない。…聖職者例外の法理は教会の権利に関わるものであり、個人の権利に関わるものではない」⁶⁴。

とは言え、聖職者例外の法理は、「教会の」信仰を法より優位に置くものである。一般（世俗）の使用者が行なえば違法とされる雇用差別が、宗教団体による聖職者の雇用関係では許される。また、スミス判決は、宗教活動の自由を理由に規制の免除を認めることになれば、それは「ありとあらゆる思いつく限りほとんどの種類の市民の義務」に及ぶと警告して、さまざまな義務の具体例を並べ立てていたが、そこには「人種について平等な機会を定める法」もあった⁶⁵。まさに人権保護法第7編を意味するはずなのだが。

もっともスミス判決は各方面から強く非難され、第2章で見たように連邦議会は1994年に宗教の自由回復法を制定して判決を覆し、一般に適用できる中立な法規制であっても、宗教活動の自由に負担となる場合には厳格な審査に服することを定めた。しかし最高裁は1997年のフローレス判決⁶⁶で、同法が州や地方自治体をも対象とするのは連邦議会の権限を過剰に行使するものであり、憲法修正14条5節に反すると判断した（77～79頁）。

このように、1990年代には宗教活動の自由をめぐる判例や法制度に大きな変動が生じたが、結局のところ人権保護法第7編など連邦の雇用差別禁止法制は現在でも宗教の自由回復法の下にあり、スミス判決の影響を受けないことになる。しかし、各州も差別禁止法を制定しているのであり、雇用差別を争う根拠として連邦法と州法の双方が挙げられることも多い。また、宗教の自由回復法も、規制の厳格な審査を要求してはいるが、聖職者例外の法理のような広範な例外を無条件で認めるものではない。そして、差別の除去という規制利益は「極めて重要」ではないのかという疑問も残る。

c. 国教禁止条項

聖職者例外の法理を認めた判例には、宗教活動の自由とともに国教禁止条項を根拠にするものもあった。そもそもaに挙げた、裁判所が宗教団体の内部紛争への介入を抑制するという姿勢の背景には、国家と教会の分離という発想が

63 Gellington v. Christian Methodist Episcopal Church, 203 F.3d 1299, 1303-04 (11th Cir. 2000).

64 Bryce v. Episcopal Church in the Diocese of Colo., 289 F.3d 648, 656-57 (10th Cir. 2002).

65 Smith, 494 U.S. at 888-89. 第1章58頁注220を参照。

66 City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997).

ある。そして、国教禁止条項が問題となる事件で長らく一般基準として用いられてきたレモン基準は、政府の行為について、①世俗目的によるものであること、②主な効果が宗教を援助または抑圧するものでないことと共に、③宗教と「過度の関わり合い (excessive entanglement)」をもたないように求めるものであった⁶⁷。

聖職者例外の法理を認めてきた判例は一般に、法理を認めることが宗教を促進する目的や効果をもつ可能性を重視せず、かえって法規制を適用することが宗教との過度の関わり合いをもたらしかねないことに注目してきた⁶⁸。

この点に触れる判決の中には、関わり合いが生じる場面を手続と実体に分けて説明するものも見られる⁶⁹。①手続での関わり合いは、裁判や行政の手続において国と宗教（系）団体が対峙することから生じる。②実体での関わり合いは、雇用差別が主張される裁判では、使用者が雇用に関する判断について示した理由が、口実に過ぎないのかどうか判断する際に生じる。裁判所が宗教団体による判断の是非を審査するには、宗教教義などの検討が必要とされるためである。そして、裁判所が宗教団体の判断を覆す場合には、宗教団体の活動を行なう者の人事を通じて、教義の展開に影響を及ぼすことになりかねないというのである⁷⁰。

レイバーン判決（160頁）は、「聖職者の性質を持つ者の雇用に関する判断における行政の指示が、教会自体による必要性や目的の認識に反していると、宗教機関との例のない関わり合いになる」⁷¹と述べ、後の判決も、「ある個人が特定の聖職者の地位に適しているか否かについての教会の見解を裁判所が置き換えるのは、『宗教の教義、組織体や慣行』と関わり合いにならずにはできないことである」⁷²としている。

ただ、1990年代以降は国教禁止条項の判例でも変化が生じている。レモン基準の動揺は1980年代から始まっていたが、90年代には基準を適用すべきか否かが争点とされるようになる。

Aguilar v. Felton 判決⁷³（1985年）は、宗教系学校に対する補助金が宗教目

67 Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602, 612-13 (1971).

68 Shawna Meyer Eikenberry, Note, *Thou Shalt Not Sue the Church: Denying Court Access to Ministerial Employees*, 74 IND. L. J. 269, 284 (1998).

69 *Bollard*, 196 F.3d at 948 (9th Cir. 1999) (前述164頁); *Petruska*, 462 F.3d at 311 (3d Cir. 2006) (163頁).

70 Caroline Mala Corbin, *Above the Law?: The Constitutionality of the Ministerial Exemption from Antidiscrimination Law*, 75 FORDHAM L. REV. 1965, 1980 (2007). ただしコービンも、この発想を批判している（後述176頁）。

71 *Rayburn*, 772 F.2d at 1170 (4th Cir. 1985).

72 *Gellington*, 203 F.3d at 1304.

的に使用されていないことを監視する仕組みが過度の関わり合いに当たると判断したが、*Agostini v. Felton* 判決（1997年）はこれを覆し、過度の関わり合い禁止は効果基準による審査要素の一つとされ、独立の基準ではなくなっている⁷⁴。*Mitchell v. Helms* 判決⁷⁵（2000年）も、宗教系私立学校に対する公費による教材補助を認めている。

アゴスティニ、ミッチェルいずれの判決も、宗教系学校に非宗教系学校と同様に公金支出を認めるもので、国家と宗教の「分離」よりも、宗教と非宗教との「中立」の方向を示している。少なくとも宗教系学校に対する公金支出の文脈では、もはや行政による規制や監督が国教禁止条項違反であると断じられることはなかろう。雇用差別禁止の分野でも同様ではないのか。

d. 結社による表現

レイバーン判決は、聖職者例外の法理を正当化する理由の一つとして、聖職者が宗教団体のために果たす役割や重要性を指摘していた。

「政府の抑制を受けずに聖職者を選任する権利は、宗教共同体の繁栄を支えている。教会の存続は、教会がその価値を説き、教えを伝え、信者及び世界一般のために教義を解釈するために選任した者に依拠するからである」⁷⁶。

団体の「声」を実際に伝えるのは、その目的で団体が選んだ者である。そこで、聖職者例外の法理を正当化するために、結社による表現の自由を援用する論者もある。

この点に関して引かれるのが、*Roberts v. United States Jaycees* 判決（1984年）や *Boy Scouts of America v. Dale* 判決（2000年）である。

ロバーツ判決は、青年商工会議所が女性に会員資格を認めていないことは州の差別禁止法に反すると判断した。公共施設における女性差別を除去することは、極めて重要な利益であるとの理由からである⁷⁷。ただし判決は、本件で差別禁止法を適用しても、青年商工会議所が表現しようとする思想にさして干渉するものではないという条件つきであった⁷⁸。この後半部分がデイル事件で問題になる。

デイル事件では、ボーイスカウトが、取材に対して同性愛者であることを明

73 473 U.S. 402.

74 521 U.S. 203. なお高畑英一郎『『過度の関わり合い』基準の研究』日本法學73巻2号387頁以下（2007年）を参照。

75 530 U.S. 793.

76 *Rayburn*, 772 F.2d at 1167-68.

77 468 U.S. 609, 623 (1984) (ブレナン判事の法廷意見).

78 *Id.* at 626.

らかにした副団長の会員資格を剥奪したことが争われた。州法は公共施設などにおいて性的指向を理由とした差別を禁じていたが、ボーイスカウトは、若者に教えようとする価値観と同性愛行為は一致しないため、同性愛者の復帰を認めるのはボーイスカウトの表現活動を妨げると主張した。最高裁は5対4で、州法の適用は修正1条に反すると判断した。

判決は、ボーイスカウトは価値観を伝えようとする団体であり、表現活動に携わる「表現的結社 (expressive association)」に当たるとした⁷⁹。団体が主張する表現の内容や、どのようなことが表現を妨げるのかについては、裁判所は団体の主張を尊重すべきであるとしている⁸⁰。こうして、原告の復帰を命じることは、「団体が同性愛行為に対する反対または不賛成を表現する権利に相当な負担を課す」もので、州の差別禁止法に具体化された利益は、「表現的結社の自由というボーイスカウトの権利に対する厳しい介入を正当化するものではない」と判断したのである⁸¹。

2. 学説の議論

a. 宗教団体の自律権を広く認める立場

教会の自律権を強調して聖職者例外の法理を広く認める論者の代表がレイコック (D. Laycock) である。レイコックは、宗教活動の自由条項によって保障される宗教活動の内容を3つに分ける。①宗教活動そのもの (教会の建設、礼拝儀式、祈り、布教など) を行なう自由。②教会が宗教活動を自律的に行なう権利。指導者の選任、教義の確定、内部紛争の解決、組織運営がこれに当たる。③良心に基づいて政府の政策に反対する権利、である⁸²。

レイコックは、教会の自律権は過度の関わり合いを禁じる判例の要素であり、教会の内部紛争をめぐる判例 (166～167頁) から導かれると言う。裁判所が教義の解釈に基づいて教会財産の管理権や聖職者の人事について判断すれば、それは勝訴側の一派を公認する (establish) ことになり、憲法違反である。そして「[行政による] 規制は、ある点では教会の内部分裂を解決するよりも大きな、教会の自律権に対する侵害である。世俗の裁判所は、既存の教会の合意に従って内部分裂の解決を試みることもできるが、規制は常に、外部の規則を押しつけることになる」⁸³。

79 530 U.S. 640, 650 (2000) (レーンクィスト長官の法廷意見)。

80 *Id.* at 652.

81 *Id.* at 659.

82 Douglas Laycock, *Towards a General Theory of the Religion Clauses: The Case of Church Labor Relations and the Right to Church Autonomy*, 81 COLUM. L. REV. 1373, 1388-89 (1981).

こうして、教会は政府の干渉を受けずに自らの組織を運営する利益が憲法で保障されており、その保障内容は「教会運営のすべての側面に及ぶ」と論じる。自律権は絶対ではないとするものの、宗教団体の行動の自由を広く認めるべきとの主張である。

ブレイディも、広範な自律権を認めることが「宗教集団が政府の干渉を受けずに信仰を守り、伝え、発展させる能力を保障する唯一の有効で運用可能な手段」であると説く⁸⁴。

理論上は、宗教の教義または慣行に負担が課されている場合にのみ宗教団体の主張を認めるのが望ましいであろうが、スミス判決は個別の解決という手法を放棄している。判例も、裁判官が宗教に対する負担を適切に認定する能力を持たないことを示している。また、宗教団体の使命にとって重要なものと、それほどでもないものを区別すること自体に問題がある。従って、一般には宗教活動の自由を縮減したと捉えられているはずのスミス判決が、かえって宗教団体の自律権を保護して、規制を排除すべき範囲を拡大する結果になる、という逆説的な主張である。

b. 宗教団体に特別な保護をある程度認める立場

バグニ (B.N. Bagni) は、宗教活動の自由の解釈論として、教会運営の核心にある「純粋に精神的な」事項は、人の健康や共同体の安全といった、国の規制利益がもっとも重要と言える場合を除いては、規制の範囲外にすべきであると説く。バグニはこの部分を「精神的核心 (spiritual epicenter)」と呼び、教会と聖職者との関係、教会の構成員に関する方針、宗教教育、礼拝や儀式といったものが含まれるとする。この核心に属さない教会の活動は、世俗性の程度に応じて規制の対象になるというのである⁸⁵。

雇用差別規制については、一般に、労働者の「主な職務が信仰の教育や普及、教会の管理運営、修道会の監督、宗教儀式や礼拝の監督または参加に当たる」場合は、聖職者として規制対象にならないと述べ、この基準はレイバーン判決などで用いられた。宗教学校の教員は、すべてが簡単に聖職者扱いされるわけではないが、例えば比較宗教の授業でも、特定信仰の優越を示すといった宗教的方向性を伴う場合、担当教員は聖職者扱いされる可能性があるという⁸⁶。

83 *Id.* at 1394-97.

84 Brady, *supra* note 55, at 1698.

85 Bruce N. Bagni, *Discrimination in the Name of the Lord: A Critical Evaluation of Discrimination by Religious Organizations*, 79 COLUM. L. REV. 1514, 1539-40 (1979).

86 *Id.* at 1545-46.

エスベック (C. H. Esbeck) は、国教禁止条項が政府の権力を抑制し、「宗教に固有の事項」に政府が介入することを禁じているという。

教会の内部紛争に関する判例から、最高裁は教会が民事法の制約なしに機能できる領域では裁判管轄を禁じたものと解される。民事裁判権が及ばない領域として、①教義の問題。②団体の組織や運営。③聖職者の選任、昇任、規律や労働条件。④教会構成員の加入や規律が挙げられる⁸⁷。

そして、宗教集団の自律性が認められる領域を規制して負担を課すことも国教禁止条項に反すると言う。宗教集団や結社の権利ではなく、国教禁止条項が設けた管轄権の限定を政府が逸脱するものとして捉えるのである⁸⁸。これに対して、社会奉仕活動のように宗教に固有とは言えない領域については政府の規制が認められる⁸⁹。

ルプ (I.C. Lupu) とタトル (R. Tuttle) も、国教禁止条項によって、「聖なる部分と関連した宗教組織の行為の側面」には、政府の権限が及ばないという。宗教組織が「宗教独自のやり方で、現世の物質的関心を超える世界と関わりを持つとき」は、法的に独特の性質を帯び、政府の干渉から守られるというのである。これに対して、宗教組織の機能がその他の非営利団体と類似するときは、宗教と非宗教組織を同等に扱う中立性の原理を採るとしている⁹⁰。

聖職者例外の法理については、2つの場面に分けて考える。

第1は、カトリックや正統派ユダヤ教のように、公に女性を聖職者から排除している場合。宗教団体を特別に扱う必要はなく、表現的結社と同様に、組織の指導者を選ぶ権利が結社の自由によって保障される。

第2は、教団自体は差別に反対する方針を採るが、特定の状況での人事判断が差別として争われる場合。聖職者例外の法理が問題になるのは主にこの場合であり、集団の教えを形成、展開する責任が明確に与えられている者に限定して例外を認めるべきであるという。聖職者として活動する者は宗教組織の表現にとっての血液であり、教義そのものと教義を伝える者は分離できない。そして、聖職者の人事について行政や司法による審査を認めることは、国による教義の統制につながりかねないからである⁹¹。

87 Carl H. Esbeck, *The Establishment Clause as a Structural Restraint on Governmental Power*, 84 IOWA L. REV. 1, 44-45 (1998).

88 *Id.* at 77.

89 Carl H. Esbeck, *Establishment Clause Limits on Governmental Interference with Religious Organizations*, 41 WASH. LEE L. REV. 347, 377-78 (1984).

90 Ira C. Lupu & Robert Tuttle, *The Distinctive Place of Religious Entities in our Constitutional Order*, 47 VILL. L. REV. 37, 84, 92 (2002).

91 *Id.* at 90-91.

バグニは宗教活動の自由から問題を論じたが、エスベックやルプらは国教禁止条項から考察している。後者については、少なくとも2つの理由があるとされる⁹²。第1に、国教禁止条項による制限は、宗教活動の自由と違い、極めて重要な公の利益によって覆されることはない。第2に、国教禁止条項とスミス判決は、裁判所が宗教について評価、判断することを懸念する点で共通している。聖職者例外の法理も、裁判所が宗教問題を審査したり、宗教に関わる紛争を解決する必要を減らすという点で同様である。

c. 宗教団体の特別扱いを否定する立場

上述 a や b の論者は、結局のところ聖職者例外の法理を認める立場だが、これに対して宗教団体に対する特別な保護は不要とする論者がハミルトン (M. A. Hamilton) である。レイコックの言う「教会の自律権」は、「合衆国で認められた法理ではなく、認めるべきでもない」、「教会組織と法との、現実のまたは適切な関係を描写できそうにもない不幸な用語」だと酷評する⁹³。最高裁の宗教条項判例については、①一般に適用できる中立な法の免除を司法が認めるよりも、立法府が公共善について判断して免除を設けることを支持している。②国教禁止条項に関わる宗教組織の判例は、中立な法原則に従う義務を認めている、と捉える⁹⁴。

聖職者例外の法理についても、司法が法規定にはない例外を独自に設けることは、スミス、ルクミ・ババル、*Locke v. Davey*⁹⁵ の各判決に反すると論じる。宗教に中立な法規制の適用を重視して、例外を認める作業は、公共善について調査、判断する能力を十分に持つ立法府に委ねるべきとしている⁹⁶。第2章でも触れた(109頁)個別法での対応論である。

かつてのルプも、宗教団体の例外扱いには消極的だった。根本にあるのは、宗教活動の自由によって規制の免除を受けられるのは個人だけだという認識である。規制の免除は宗教と無関係な者にも魅力的であるから、宗教活動の自由による保護を受ける者を選別する必要性が生じる。しかし、①宗教への傾倒、②

92 Corbin, *supra* note 70, at 2004-05.

93 Marci A. Hamilton, *Religious Institutions, The No-Harm Rule, and the Public Good*, 2004 B.Y.U. L. REV. 1099, 1112.

94 *Id.* at 1115.

95 540 U.S. 712 (2004). 国教の樹立を避けるために聖職者教育課程を州の奨学金の対象外とする州の規制は、宗教に対する敵意がない限り宗教活動の自由に反しないとした。

96 Hamilton, *supra* note 93, at 1195-96. ただしハミルトンは、「成年者が宗教雇用者との雇用を受け入れる判断をしたことで、害悪に対する異議を放棄した」とも論じている (*Id.* at 1189)。これに対しては、「労働者に対するすべての保護を無にするもの」との批判がある (Corbin, *supra* note 70, at 2002)。

宗教的苦痛の軽減を求める主張、③私的な信念の自由な選択、④信念を真摯に抱いている、という特徴を備えているのは個人であって団体ではない。また、宗教団体に規制の免除を認める場合、歴史があり、宗教法体系や組織の整った宗教が競争で有利になる可能性があるが、それでは宗教の自由を平等に保障することにはならない⁹⁷。

そもそも宗教団体だけが修正 1 条が保障する権利を行使するわけではなく、出版、報道機関や大学も言論、出版の自由を行使している。にもかかわらず、宗教団体にだけ特別な保障を認めるのは、宗教結社を世俗結社よりも優遇することになる⁹⁸。

コービン (C.M. Corbin) も、1990年代以降の最高裁が国教禁止条項と宗教活動の自由条項の両方で中立性を重視する傾向から、宗教団体を特別扱いする聖職者例外の法理を疑問とした。

①ワトソン判決などは教会財産に関する判例であり、スミス判決が扱った一般に適用できる中立な法の問題とは関係がなく、広範な自律権の根拠とはならない⁹⁹。②スミス判決以後も教会の自律権を根拠にするのは、派生的な権利(団体)を基本の権利(個人)より優先するもので説得力がない¹⁰⁰。③宗教団体が雇用に関する判断で宗教的理由を主張しても、その理由が客観的、具体的(例: 婚外関係による妊娠)であれば審査は容易である。主観的、精神的な判断であるときも、裁判所は大学関係の事件と同様に、宗教側の専門判断を尊重する傾向にある。従って、裁判所が宗教団体の宗教判断を覆す危険はあまり大きくない。また、差別が認定されても復職、採用に直結するわけではない¹⁰¹。④聖職者例外の法理を認めると、裁判所が聖職者に当たるか否かを判断する必要が生じ、かえって宗教との関わり合いにつながる¹⁰²。

雇用差別禁止を重視する立場であるため、特に③には強引さを感じるが、広範に聖職者例外を認める理由は乏しいことになる。

ルプは、宗教団体の行動が社会全体に及ぼす影響も懸念していた。教会財産の管理権をめぐる紛争は、公益との関わりが小さく、影響を受ける者も限られ

97 Ira C. Lupu, *Free Exercise Exemption and Religious Institutions: The Case of Employment Discrimination*, 67 B.U. L. Rev. 391, 421-23 (1987). 「かつて非常に批判的な見解を持っていた」ルプが見解を改めたことについて、Lupu & Tuttle, *supra* note 90, at 90 n.177は、「[1987年論文]以降のルプ教授は、結社の自由や、それを支える組織の独特さといった議論により好意的になっている」と述べる。

98 *Id.* at 401-03.

99 Corbin, *supra* note 70, at 1985.

100 *Id.* at 1988-89.

101 *Id.* at 2016-19, 2024.

102 *Id.* at 2026.

ている。これに対して、例えば女性や少数派人種に対する差別の場合、宗教組織が人々の行動や倫理観の形成に及ぼす影響力を考えると、組織の内部で生じたことは単なる内部問題にとどまらず、組織の外にいる者にも重大な結果をもたらしかねないというのである¹⁰³。

論者には、宗教組織での雇用差別は「従属の文化」を作り出す恐れがあり、アメリカ文化に「偏見を埋め込む」とまで述べるもの¹⁰⁴もある。

特に教育施設での雇用紛争は、子供たちに悪しき価値を授けることになるから、この領域で国が規制する必要は特に大きいと論じられる¹⁰⁵。ミシシッピ大学判決（155頁）は、宗教系大学の心理学教員に対する人権保護法第7編の適用を肯定して述べる。「宗教教育施設の数、第7編の適用を受ける使用者に比べるとわずかなものだが、社会における若者の教育で果たす役割のために、社会全体に対する影響は大きい。そうした施設が宗教及び教育目的を達成しようとする環境が違法な差別を示しているならば、その差別的態度は社会に影響力を持つ階層と共に永続するであろうし、それによる損失は計り知れない」¹⁰⁶。

これらの主張に対してブレイディは、民主政治は画一化された信念や価値観によって支えられるものではなく、人気がなく正統ではないとされる信念であっても、その自由が十分に確保されていることが、健全な民主社会にとって不可欠であると反論している¹⁰⁷。

第4節 最高裁の容認

1. ホザナ・テイバー判決

最高裁は、*Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*（2012年）判決¹⁰⁸で、初めて聖職者例外の法理を正面から認めるに至った。

ホザナ・テイバー福音ルター派教会及び学校は、ルター派では全米第2の規

103 Lupu, *supra* note 97, at 408-09.

104 Jane Rutherford, *Equality as the Primary Constitutional Value: The case for Applying Employment Discrimination Laws to Religion*, 81 CORNELL L. REV. 1049, 1123, 1091 (1996).

105 Evelyn M. Tenenbaum, *The Application of Labor Relations and Discrimination Statutes to Lay Teachers at religious Schools: The Establishment Clause and the Pretext Inquiry*, 64 ALB. L. REV. 629, 671 (2000). ただし、この論稿は題名が示すように、宗教系学校の一般教員を労働関係法規制の対象外にすることを批判するもので、聖職者についての議論ではない。

106 *Mississippi College*, 626 F.2d at 489 (5th Cir. 1980).

107 Brady, *supra* note 55, at 1703.

108 132 S.Ct. 694 (2012). 以下の事実関係は最高裁判決による (*Id.* at 699-701). 判決の詳細な分析として、福島敏明『『聖職者例外』法理とアメリカ連邦最高裁(1), (2・完)』神戸学院法学42巻3・4号365頁以下(2013年)、43巻3号153頁以下(2014年)がある。また、浅香吉幹(他)「座談会：合衆国最高裁判所2011-2012年開廷期重要判例概観」アメリカ法[2012-2]225頁以下、244-250頁も参照。

模を持つルター派ミズーリ教団に属している。教会はミシガン州で小規模の学校を経営し、幼稚園から第8学年（日本では中学2年生に相当する）までの生徒に「キリスト中心教育」を行っていた。

教団は教員を2種に分けている。「召命 (called)」教員は、教会によって神の使命に召されたものとして扱われる。召命を受けるためには、ルター派の大学で神学の課程を修め、地域教区の承認を受けて、大学の学部委員会の口頭試問に合格しなければならない。召命を受けた教員は聖職者の称号を受ける。召命が取り消されるのは、正当な理由に基づいた信徒協議会の特別多数決があった場合のみである。

これに対して「一般 (lay)」または契約教員は、教団の教えを受ける必要も、ルター派信者である必要さえなく、教会の学校委員会が任期1年で任用している。いずれの教員も同様の職務を勤めるが、一般教員は召命教員を得られない場合にのみ雇われる。

シェリル・ペリッチは1999年に一般教員として採用され、数年かけて神学の課程を修めると、教会の依頼で召命教員の資格を得た。最初の4年間は幼稚園、その後に第4学年を教えた。数学、言語、社会、科学、体育、美術、音楽といった一般科目とともに、週に4日ある宗教の授業も担当し、祈りでは生徒を指導し、全校礼拝にも出席した。年2回程度は全校礼拝を指導した。

ペリッチは2004年6月に嗜眠病 (narcolepsy) の症状が現われて休職した。翌年1月に、校長に対して学年の残り期間は復職できると伝えたが、校長は代わりの一般教員を採用していること、彼女の復職に対する懸念を述べた。

1月末に開かれた信徒協議会 (congregation) では、学校管理者が、ペリッチは翌年まで復帰できないとの見通しを伝えた。協議会は彼女に対して、医療保険の一部を負担することと引き換えに、召命を自発的に返上する (peaceful release) ように求める票決をした。ペリッチは辞職を拒んで2月には復職が可能であるとの診断書を提出し、学校委員会が求めた再考も拒んだ。

ペリッチは診断書に基づいて2月に学校に出勤したが、校長は解雇の見通しを伝え、彼女は法的手段を取ると答えた。学校委員会は彼女に手紙を送り、次の信徒協議会で召命の取り消しを検討すること、その理由は彼女の「破壊的な態度と不従順」や、「法的手段を取るとの脅し」によって学校との労働関係を損なったことにあると述べた。4月の信徒協議会は召命の取り消しを票決し、教会は解雇通知を送った。

ペリッチはEEOCに、解雇がアメリカ障害者法に反すると申し立てた。同法は、雇用者が、障害を理由にして能力のある者を差別することや、差別行為に対して抵抗したり、法的手段を取った者に報復することも禁じている。

EEOC は、ペリッチが訴訟を示唆したことに対する報復で解雇されたとして教会を訴えた。ペリッチは訴訟に参加して、アメリカ障害者法（連邦法）とミシガン州障害者人権法に違反する報復であると主張した。EEOC とペリッチは、復職またはそれに代わる賃金支払い、遡及賃金の支払い、損害賠償及び懲罰賠償、弁護士費用その他差止め命令による救済を求めた。

教会側は口頭弁論を経ない判決を求め、憲法修正 1 条は、宗教組織と聖職者との雇用関係に関する訴訟を禁じていると主張した。ペリッチは聖職者であり、教会を訴えるのは、信者は紛争を内部で解決すべきという教団の教義に反するものである。

地裁は教会側の主張を認め、解雇が報復であったか否かの審理に入らずに訴えを退けた。教会はペリッチを聖職者と同様に扱っていたこと、教派の使命に仕える宗教学校で雇用していたことが理由であった¹⁰⁹。しかし控訴裁は地裁判決を破棄し、訴えの実体審理を求めて差し戻した。控訴裁は聖職者例外の法理の存在は認めたが、原告の職務が一般教員と同じであることを主な理由として「聖職者」に当たらないと判断したのである¹¹⁰。

教会側からの上告を受理した最高裁は、全員一致で控訴裁判決を破棄した。

a) **ロバーツ長官の法廷意見**は理由づけの冒頭で、国教の禁止と宗教活動の自由の「両宗教条項は、宗教集団が聖職者の 1 人を解雇する判断に政府が干渉することを禁じている」との結論を簡潔に示した¹¹¹。

(1) 歴史的背景

イギリス国教会の統制を逃れた清教徒はニュー・イングランドに移り、自分たちで聖職者を選び、礼拝様式を確立することを望んだ。南部の入植者は国教会信者であったが、叙任権をめぐる国王が任命する総督やロンドンの教会の意向としばしば対立した。このような背景から成立した合衆国憲法は、国の教会が成立する可能性を排除する宗教条項を設けた。国教の禁止は、連邦政府による聖職者の任命を防ぎ、宗教活動の自由は、宗教団体が聖職者を選択する自由に介入することを防いだ¹¹²。

(2) 教会財産紛争判例の概観

最高裁は、教会が自らの聖職者を選ぶ能力に対する政府の介入という問題を、「教会財産をめぐる紛争に関連して間接的に扱っている」。「判例は、政府が、

109 EEOC v. Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School, 582 F. Supp. 2d 881 (E.D. Mich. 2008).

110 EEOC v. Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School, 597 F.3d 769 (6th Cir. 2010).

111 Hosanna-Tabor, 132 S.Ct. at 702.

112 Id. at 702-03.

聖職者として活動できる者に関する教会の判断を否定してはならないことの正当性を示している」として、ワトソン、ケドロフ、ミリヴォイエヴィッチ判決（168～170頁）を引用している¹¹³。

（3）聖職者例外の法理の正当性

「1964年人権保護法第7編やその他の雇用差別禁止法の制定以来、控訴裁判所は一致して修正1条に基づく『聖職者の例外』の存在を認め、宗教組織とその聖職者との雇用関係に関わる請求について雇用差別禁止法の適用を排除している。当法廷は、そのような聖職者の例外が存在することに同意する」。「国が、宗教団体の望んでいない聖職者を押しつけることは、団体が自らの教義と使命を形成する権利を保護する宗教活動の自由条項を侵害する。信者に奉仕する者を決める権力を国が持つことは、政府が教会の判断に関与することを禁じる国教禁止条項にも反している」¹¹⁴。

原告側（EEOC とペリッチ）は、例えば雇用差別禁止法によってカトリック教会や正統派ユダヤ教会に女性を聖職者にするよう強いることは違憲であると認め、また、教会は修正1条が黙示する結社の自由を主張できるから、宗教条項に基づく聖職者例外の法理は必要ないと主張している。しかし、この主張によれば、宗教団体も労働組合も社交クラブも同等の結社の自由を主張できるに過ぎないことになるが、そのような帰結は、宗教団体の権利に特別な保護領域を認めた修正1条の条文と適合させることが難しい¹¹⁵。

（4）スミス判決との区別

原告側はスミス判決により、宗教活動の自由に基づいて、一般に適用できる有効で中立な法に従う義務を免れることはできないと主張する。「しかし、教会による聖職者の選任は、個人によるペヨーテの摂取とは異なる」。スミス判決で問題になったのは、「単なる外部的、物理的行為」に対する政府の規制であり、本件では教会の教義や使命そのものに影響する、教会内部の判断に対する政府の干渉が問題になっている¹¹⁶。

（5）ペリッチは「聖職者」に当たる

「いかなる場合に労働者が聖職者であるのかを決める、固定した定式を採用することはためられる」。ただ、ペリッチの雇用状況では聖職者例外の法理を適用できるから、本件の解決にはそれで十分である¹¹⁷。

113 *Id.* at 704-05.

114 *Id.* at 705-06. なお *Id.* at 705 n.2 は第1～11巡回区及び首都特別区控訴裁の判例を列挙している。

115 *Id.* at 706.

116 *Id.* at 706-07.

法廷意見は根拠として以下の点を指摘している。

①教会がペリッチに召命を認めて証書を出し、信徒協議会は定期的に彼女の聖職者としての技量や責任を審査していた。②聖職者の称号は、正式な手続に従って十分な宗教上の訓練を受けたことを示している。③ペリッチは聖職者として勤務している場合にのみ認められる税金の住居控除を得ており、解任の後に教区に提出した文書でも、「神から、教育に携わる聖職者への導きがあったと感じている」と述べている。④職務は、教会のメッセージを伝え、教会の使命を遂行するものである。週4日の宗教教育、1日3回の祈りの指導、週1度の全校礼拝引率、1年2回程度の全校礼拝主宰、毎朝の祈禱式での指導といった宗教教育は、ルター派の教義を次世代に伝える重要な役割を果たしていた¹¹⁸。

控訴裁判決は、ペリッチの非宗教職務を過剰に強調した点で誤っている。確かに彼女の宗教職務は1日に45分に過ぎない。EEOCも、聖職者例外の法理の適用は「もっぱら宗教行事を行なう者に限定すべきである」と主張した。しかし教会の長も、財務、一般職員の管理や施設維持の監督など世俗の職務を含むさまざまな仕事をしている。

控訴裁判決はペリッチが宗教行事に費やした時間の割合を決定的と考えている。しかし「本件の問題は、ストップウォッチで解決できるものではない」。時間量は労働者の地位を評価する際に意味を持つが、宗教行事の性質を切り離して考えることはできない¹¹⁹。

(6) 聖職者例外の法理の帰結

ペリッチは聖職者に当たるから、修正1条により、宗教上の使用者に対する雇用差別訴訟を棄却する。復職を認めるのは、「教会が望まない聖職者の受け入れを命じること」で、「宗教条項の下で自ら聖職者を選任する教会の自由を明らかに侵害する」。給与相当額や賠償の支払いなどを認めることも、教会が望まない聖職者の解任に対する処罰として機能するため、解任取消命令と同様に、修正1条によって禁じられる¹²⁰。

(7) 聖職者例外の法理の意義と判決の射程

原告側は、解雇は宗教を理由にしたものという教会側の主張を口実に過ぎないと主張している。しかし「聖職者例外の法理の目的は、教会が聖職者を解雇する判断を、宗教を理由にするときにのみ保護することではない。例外の法理は、信者に対して聖職者の務めを果たす者を選任し、規律する権限…は、教会

117 *Id.* at 707.

118 *Id.* at 708.

119 *Id.* at 708-09.

120 *Id.* at 709.

だけのものであることを保障している」¹²¹。

「本件は教会による聖職者を解雇する判断を争う訴訟であり、本日の当法廷は、聖職者例外の法理がそのような訴訟を禁じていることだけを判断した」。同法理が、労働者が宗教関係の使用者による契約違反や不法行為を争う訴訟を禁じているか否かについては見解を表明しない。

「雇用差別禁止法を実施する社会の利益は、疑いなく重要である。しかし、宗教団体が信仰を広め、教義を教え、使命を遂行する者を選ぶ利益も重要である。解雇された聖職者が、解雇は差別であると主張して教会を訴えるとき、修正1条は両者の均衡を図る。教会は、その方向を指導する者を自由に選ぶことができないしなければならない」¹²²。

法廷意見は聖職者例外の法理を認めたものの、その適用対象については多くを語らなかった。聖職者の範囲については2つの同意意見がある。

b) **トーマス判事の同意意見**は、聖職者の定義については、宗教団体による誠実な理解を尊重すべきであると述べる。裁判所が何らかの基準を設けて判断することは、主流ではない、あるいは社会で不快に思われている宗教団体には不利に働くおそれがあるからである¹²³。

c) **アリート判事の同意意見**（ケーガン判事が同調）

①「聖職者」の範囲

聖職者例外の法理が適用される「聖職者」を判断する場合、公式の叙任などの有無は重要ではない。「裁判所は、宗教団体のために働く者の職務に焦点を当てるべきである」。つまり、「宗教団体を指導し、礼拝、重要な宗教式典もしくは儀式を行ない、または教義の伝達もしくは教育を行なう『被用者(employee)』に適用すべきである」¹²⁴。

②宗教団体の自律権と聖職者人事の重要性

「我が国の歴史を通して、宗教団体は、『個人と国家権力との重要な緩衝装置として機能する』私的結社の中では抜きん出た存在であった」。宗教の自律性は、宗教団体の機関が、宗教的に重要な地位に就く者を自由に決定できることを意味しなければならない¹²⁵。

集団に対してある者を受け入れるように強いることは、集団がその見解を表明する能力を害する可能性があるが、このことは、共有する宗教的理想を集団

121 *Id.*

122 *Id.* at 710.

123 *Id.* at 710-11.

124 *Id.* at 711-12.

125 *Id.* at 712. ロバーツ判決に言及 (468 U.S. 609, 619)。

で表現したり、広めるために存在する宗教団体には特に強くあてはまる。法廷意見が述べる通り、修正 1 条は宗教団体の権利に特別な保護領域を認めているが、それでも表現的結社に関する判例は、何が不可欠の権利であるのかを指摘する際に有用である¹²⁶。

宗教が伝えることの内容や信頼性は、それを教える者の性格や行ないに決定的に依拠している。宗教団体がそのような「労働者」を監督することは、団体の内外に自らの声を語る自由には不可欠の要素である¹²⁷。

③宗教問題を審査する危険性

原告側や連邦訟務長官は、解雇理由が口実であるか否かを一般の裁判所が審査することを認めよと主張したが、これは下級審の判例が40年間にわたって認めてきた宗教の自律性を危険なまでに掘り崩すものである。裁判では、問題になっている宗教教義の重要性や優先度についての証言が求められ、裁判所や陪審員が、教会が本当に信じていることや、教会の使命に対する重要性を最終的に判断することになってしまう。

本件の争点は、ホザナ・テイバー教会が、ペリッチが宗教上の職務を行なっていると信じていたために、紛争の内部解決を求める教義に違反したことが重要な問題になったということである。一般の裁判所は、この評価を後から批判する立場にはない¹²⁸。

2. 学界の反応

a) 教会側の代理人として最高裁で弁論を行なったレイコックは、自らの主張をほぼ受け入れた最高裁判決に満足 of 意を表した。

聖職者例外の法理の根拠については、2つの点を重視している。

第 1 に、一般の雇用関係では差別になる宗教慣行が存在すること。カトリックでは女性を聖職者にせず、聖職者に独身であることを求めている。本件で問題になった、聖職者をめぐる紛争は内部で解決すべきというルター派の教えも、聖職者に課された宗教準則であるとしている。原告側は最高裁での弁論で、前者は宗教条項ではなく結社の自由によって保障されると主張したが、カトリックは保護されてルター派は保護されないという帰結に説得力を持たせるのは難しい¹²⁹。

126 132 S.Ct. at 712-13. デイル判決に言及 (530 U.S. 640, 648)。

127 132 S.Ct. at 713.

128 *Id.* at 715-16.

129 Douglas Laycock, *Hosanna-Tabor and the Ministerial Exception*, 35 HARV. J.L. & PUB. POL'Y. 839, 848-49, 851-52 (2012). 最高裁の口頭弁論では、この点についての原告側の主張に4人の判事が質問したという (*Id.* at 852 n.61)。

第2に、聖職者の勤務評価は教会の権限に属すること。聖職者の評価は本質的に宗教上の判断であり、教会には外部の干渉を受けずに聖職者を選任する権利が与えられる。本件の本質問題は障害者差別でも内部紛争の解決でもなく、教会による聖職者の選任と評価であったとする¹³⁰。

スミス判決の法廷意見を書いたスカリア判事は、口頭弁論で同判決は本件とは関係がないと明言した¹³¹。法廷意見(4)が用いた「外部的、物理的行為」の語について議論されているが、レイコックにとっては「物理的な」行為と「非物理的な」信念との区別ではなく、「外部的な」行為と「内部的な」教会の判断との区別である。重要なのは、教会の内部運営が憲法上保障され、スミス判決の射程外とされたことにあるという¹³²。

スミス判決の扱いは問題にされ続けたが、聖職者例外の法理は、宗教活動の自由について厳格審査を求める判例ではなく、教会の内部紛争に関する判例に依拠して形成されてきた。ワトソン判決(166頁)は、最高裁が信仰と法規制の問題を初めて扱ったとされる *Reynolds v. United States* 判決(1878年)¹³³ の6年前であり、ワトソン判決に関与した判事のうち6人はレイノルズ判決にも関与したが、誰も両事件が関連しているとは述べなかった。つまり、教会の内部運営と、信仰に基づく行為に対する一般の規制は、はじめから別の問題として判例が展開されてきたのである¹³⁴。

b) 宗教界の依頼により最高裁に意見書(amicus brief)を出したマッコネル(M.W. McConnell)は、判決が宗教条項解釈の重点を、個人の宗教活動の自由から宗教組織の自律権に移す方向を示唆していると指摘する。スミス判決とホザナ・テイバー判決は、「宗教活動の自由条項では、個人による宗教行為よりも宗教組織の『信仰と使命』をはるかに強く保障しつつ、国教禁止条項によって政府が教会の意思決定に干渉することを禁じている」¹³⁵。このような変化は「個人主義的なプロテスタント」と「組織主義的なカトリック」の古典的分岐に大まかに対応しており、カトリックが多数派になった新しい最高裁の帰結を示す最初の徴候かも知れないと言う¹³⁶。

130 *Id.* at 849-51.

131 Transcript of Oral Argument at 38, *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC* (2012) (No.10-553) (http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/10-553.pdf) (2012年9月24日閲覧)。

132 Laycock, *supra* note 129, at 855-56.

133 98 U.S. 145. モルモン教の一夫多妻制(当時)について、宗教活動の自由は法規制の例外を認めておらず、重婚罪で処罰しても憲法に違反しないと判断した(第1章12頁を参照)。

134 Laycock, *supra* note 129, at 856-57.

135 Michael W. McConnell, *Reflections on Hosanna-Tabor*, 35 HARV. J. L. & PUB. POL'Y. 821, 835-36 (2012).

判決が宗教活動の自由と国教禁止の両条項を根拠に聖職者例外の法理を認めたことについて、最高裁が国教禁止条項を用いて、宗教団体や宗教活動を規制による介入から保護した（法廷意見(3)）のは本件が初めてであると指摘している¹³⁷。確かに従来判例では、同条項は政府の宗教に対する援助を問題にするものであった。

ただ、判決は聖職者例外の法理を憲法解釈に基づいて認めたものの、判示は本件を解決するため最小限のものにとどめている。その結果、

①法理の対象である「聖職者」について、係争者ペリッチが該当することは認めたが、その定義を示さなかった（法廷意見の(5)）。

②法理の射程についても、聖職者が使用者である宗教団体に対して雇用差別訴訟を起こしても棄却されることを明らかにしたが（同(6)）、契約違反や不法行為を理由とした訴訟の可能性については将来の課題とした（同(7)）。

③スミス判決が法理とは関係がないことを明らかにしたものの、同判決を区別する指標である「外部的、物理的行為」の範囲は明確ではない（同(4)）。

このような判決をマッコネルは「司法最小限主義（judicial minimalism）の称讃すべき見本」と皮肉り、「最高裁は本件を判断して一般原則を述べたが、理論的な影響のすべてを前もって解決しようとはしていない。最高裁はまさに不確実さを作り出しているのだ」と批判している¹³⁸。

c) これに対してグリフィン（L.C. Griffin）は、判決は修正1条の解釈を誤り、宗教団体の宗教の自由を保護して労働者を犠牲にするものと批判する¹³⁹。

判決は歴史を引き合いに出したが、次の事実を無視している。①アメリカには最初から教会裁判所はなく、聖職者は通常の裁判に服してきた。②平等の実

136 *Id.* at 836. 末尾の指摘は保守的な宗教条項解釈を唱えるマッコネルらしいとは言えるが、判決が全員一致であることを考えると、冗談半分のようにも思える。ちなみに現在の最高裁判事の信仰はカトリック6人、ユダヤ教3人であり、スティーヴンス判事が引退した2010年以降プロテスタントは1人もいない。かつて最高裁判事に任命することに疑念や批判が向けられた両宗教の信者だけで最高裁が構成されている現状は興味深い。

Cf. SUSAN NAVARRO SMELCER, SUPREME COURT JUSTICES: DEMOGRAPHIC CHARACTERISTICS, PROFESSIONAL EXPERIENCE, AND LEGAL EDUCATION, 1789-2010, 9-11 (2010) (<http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40802.pdf>) (2014年9月20日閲覧)。

137 McConnell, *supra* note 135, at 833-34.

138 *Id.* at 835.

139 Leslie C. Griffin, *The Sins of Hosanna-Tabor*, 88 IND. L.J. 981 (2013). これまでも聖職者例外の法理の結果、宗教系団体の労働者は、障害者差別（ホザナ・テイバー判決）、性による嫌がらせ、賃金の不平等（マクルーア判決・153頁）、敵対的労働環境、年齢差別（トミック判決・163頁）、妊娠差別、性差別（ペトルースカ判決・163頁）、人種差別、使用者による報復（ホザナ・テイバー判決）、出身国差別（アリシア・エルナンデス判決・162頁）、不法行為となる契約妨害、ブラックリスト入り、故意・過失による感情的苦痛、契約違反などに対する救済を閉ざされてきたという（*Id.* at 982-83）。

現を企図する修正14条は、憲法制定時には存在しなかった。③連邦議会は第7編やアメリカ障害者法など差別禁止法の制定に際して、宗教団体を宗教以外の理由による差別訴訟の対象外とすることを拒んできた¹⁴⁰。

スミス判決を適用しないことにも矛盾を指摘する。同判決は個人の宗教行為を禁じたが、本件は宗教紛争に関わるものではない。障害をもつ労働者の解雇より、スミスのように宗教儀式に参加した個人の処罰を認めることの方が、教会の教義や使命に影響を及ぼしている。にもかかわらず法廷意見(7)は、修正1条により、宗教問題に関わらない場合でも宗教系使用者に対して「聖職者」を解雇できることを絶対的に保障するものであり、宗教団体が差別禁止法制に従わない権利を認めることになる¹⁴¹。

d) 法廷意見(3)は、アリート判事の同意意見②とは異なり、聖職者に関する雇用差別を正当化する際に結社の自由を用いなかった。修正1条に明記されている「宗教」団体の保護に特別な意味を認め、一般の団体や結社と同列に扱うことを拒んだのである。同意意見も宗教団体の重要性を認めている。しかし、宗教は本当に特別な保護を受けていると言えるのだろうか。

ホザナ・テイバー事件の口頭弁論では、カトリックが女性を聖職者から排除していることに言及され、法廷意見も、これを認めながら聖職者例外の法理を認めないことには説得力がないと述べた¹⁴²。

確かに聖職者の人事は宗教団体の発展を左右しかねない問題であり、重要性が高いと言えよう。しかし、最高裁は宗教活動の自由に関して、しばしば宗教信仰を直接脅かす規制を認めてきた。1980年代以降に限っても、雇用者にアマン派の信仰に反する労働者の社会保険料の徴収を命じ¹⁴³、宗教系企業の使用に対して、衣食住の提供ではなく最低賃金の支払いを命じ¹⁴⁴、正統派ユダヤ教徒の精神分析医に軍診療所でのヤムルカ帽の着用を禁じ¹⁴⁵、アメリカ先住民の聖地破壊につながる開発計画を容認し¹⁴⁶、先住民教会の儀式でのペヨーテ使用を禁じて良いとした(スミス判決)のである。

それでは、なぜ女性聖職者の排除は、本件の原告側にさえ当然のこととされたのか。社会保険制度の強制加入や軍隊の服装規則は、男女平等よりも重要な価値であり、規制利益なのであろうか。

140 *Id.* at 988, 990.

141 *Id.* at 993-94.

142 *Hosanna-Tabor*, 132 S.Ct. at 706.

143 *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982) (第1章21頁を参照)。

144 *Tony & Susan Alamo Foundation v. Secretary of Labor*, 471 U.S. 290 (1985) (22頁を参照)。

145 *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986) (26頁を参照)。

146 *Lyng v. Northwestern Indian Cemetery Protective Association*, 485 U.S. 439 (1988) (25頁)。

コービン¹⁴⁷は、教派の規模の問題だと推測していた。「アメリカ人のほぼ25%はカトリック、5%以上は南部バプティストであり、これはアメリカ人の3分の1近くが、女性を聖職者にできないとする教えを持つ宗教に属していることを意味する。…カトリック教会は36州で最大の教派であり、南部バプティスト協議会は10州で最大である。彼らは主流だから、より身近でより理解されている。主流であり、強力であるほどに、文化規範の形成により大きな影響を及ぼすことになる」¹⁴⁷。

e) レイコックが指摘していたように、聖職者例外の法理は、信仰と法規制に関する判例ではなく、教会の内部紛争に関する判例に依拠して展開してきた。従って、スミス判決が無関係とされたのは不思議なことではない。また、アリート判事の同意意見③が危惧するように、雇用に関する判断について宗教団体が主張する理由が宗教なのか、口実に過ぎないのかを裁判官や陪審員が審査することは難しく、場合によっては愚行ともなりかねない。さらに、差別禁止法を適用することで、例えば女性聖職者の排除という宗教慣行を一挙に除去することには疑問が残る。

とは言え判決の結果、個人が憲法上の宗教活動の自由を主張してもスミス判決によって大部分が遮断されるが、宗教系団体は修正1条によって「聖職者」の雇用に関する多くの判断が免責されることになったのである。このように、個人より団体を尊重するような外観を呈したことには、従来の宗教活動の自由の発想からは違和感を覚える。

聖職者であれば、差別に関する本案審理をすべて排除する手法もまた、規制の画一適用と同様の「極端」ではなかろうか。「かつて宗教活動の自由条項は、弱者を強者から保護する、すなわち少数派宗教の多数派宗教からの保護を意味していた。今や強者を保護して弱者に損害を与えるために使われる。宗教団体と、団体が差別する権利の保護である」との皮肉¹⁴⁸が出るのも無理からぬところがある。

しかも下級裁判所の判例では、「聖職者」の範囲は狭義のものにはとどまらない気配である（160～163頁）。最高裁判決は聖職者の範囲を明らかにしなかったが、宗教学校の一般教員はどのように扱われるのであろうか。本件原告は、聖職者として認められた教員であった。聖職者の地位が単なる「仮の姿」であつ

147 Corbin, *supra* note 70, at 2003-04. コービンの調査では、聖職者例外の法理が主張された訴訟のうち半分ほどはカトリックによるもので、3分の1はバプティスト、メソヂスト、聖公会（イギリス国教会）、長老派によるものという（*Id.* at 2001 n.239）。

148 Ioanna Tourkochoriti, *Revisiting Hosanna-Tabor v. EEOC: The Road Not Taken*, 49 TULSA L. REV. 47, 80 (2013).

たとも思えない。しかし本件の学校では、聖職者の資格を取らなければ、任期付き雇用にとどまり続けたであろうことも確かである。それでは、聖職者の資格を持たない一般教員でも、宗教儀式などに関わるのであれば、単純に「聖職者」に含まれることになるのか。2つの同意意見は、その可能性を示唆しているのだが。

おわりに 個人から団体へ？

最高裁は2013年開廷期末の2014年6月30日に *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* 判決を下し、5対4の僅差で宗教の自由回復法に基づいて営利企業に規制の免除を認めた。

オバマ政権による医療制度改革のために制定された「患者保護及び医療費負担適正化法 (Patient Protection and Affordable Care Act)」は、各企業に医療保険計画の策定を義務づけた。その際に保健・社会福祉省は、避妊に関する医療を保険の対象に含めることを命じた。これに対して、人間の生命は受精から始まると信じる家族経営の営利企業¹⁴⁹ が規制の免除を求めたのである。

アリート判事の法廷意見（ロバーツ長官、スカリア、ケネディ、トーマス判事が同調）は、①宗教の自由回復法の適用対象は「人 (persons)」で、通常は法人、会社や社団を含む法令用語¹⁵⁰ である。②同法は宗教活動の自由を広範に保障しており、法人を除くとは考えられない。③団体は個人によって形成されるものである。④ブラウンフェルド訴訟（第1章16頁）では商店主が日曜休業法の合憲性を争ったといった理由を挙げて、「1つの家族が所有、経営する非公開会社 (closely held corporations)」が宗教の自由回復法によって規制の免除を求めることを認めた¹⁵¹。

その上で、医療保険計画を提出しなかった企業に課される高額の制裁金（従業員1人につき1日100ドル）は、宗教信念に従った企業経営に対する実質的な負担である¹⁵² として厳格な審査を行なった。法廷意見は、保健・社会福祉省による規制に極めて重要な利益を認めるとしても、原告に免除を認めないのは最小限の規制に当たらないとした。宗教法人を始めとする非営利法人に宗教

149 原告のうち *Conestoga Wood Specialties* は、夫婦と3人の息子が所有、経営する製材業（従業員950人）で、家族はいずれもメソジスト教会の敬虔な信者。*Hobby Lobby* は、夫婦と3人の子が経営する美術工芸店の全国チェーン（500店舗、従業員1万3千人超）で、「聖書の原理」に従って経営し、日曜閉店を続け、利益をキリスト教聖職者に対する寄付や新聞の宗教広告に充てているという (*Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S.Ct. 2751, 2764-65)。

150 1 U.S.C. § 1 (Dictionary Act).

151 *Hobby Lobby*, 134 S.Ct. at 2767-69.

152 *Id.* at 2775-76.

信念を理由とする例外を認めていることが主な理由である¹⁵³。

ギンズバーグ判事の反対意見（ブライアー、ソトマイアー、ケーガン判事が同調）は、上院が良心に基づく例外条項を退けたことも指摘しながら、法廷意見は女性にとっての必要性を軽視していると批判する。本件で例外扱いを認めることは、宗教信念を共有しない第三者に負担を転嫁するもので、宗教に対する極端な配慮である¹⁵⁴ とも言う。

反対意見は、①宗教の自由回復法の審議では営利法人を対象に含めることに言及がなかった。②宗教法人と営利法人は目的がまったく異なる。③経営者個人は企業と分離して免責を得られる、などの点を指摘して、営利法人に同法を適用することを否定した¹⁵⁵。この部分に同調したのはソトマイアー判事のみで、他の2人は判断を留保している。

第1章で見たように、個人だけが宗教活動の自由を主張したわけではない。だが、ブラウンフェルド訴訟もリー訴訟（21頁）も、個人経営者の訴訟と言ふべきものであり、トニー&スーザン・アラモ訴訟（22頁）は非営利宗教法人の関連事業に関わるものであった。いずれも敗訴に終わっている。

その後、スミス判決で宗教活動の自由に対する表向きの保障が大幅に後退したにもかかわらず、今になってホビー・ロビー社のような規模の企業が医療保険負担の一部免除を勝ち取るに至ったのである。「厳格な審査」を厳格に適用したときの威力を示したと言えるのかも知れない。法廷意見は、大企業の場合、「多くの現実の制約」があるために訴えを起こす可能性は低いとしている¹⁵⁶ が、宗教の自由回復法の条文も法廷意見も、同法が大企業にも適用される事態を排除してはいない。

宗教に関する土地利用及び施設収容者法による宗教団体などの土地利用の保護（第2章93～97頁）や、ホザナ・テイバー判決による聖職者例外の法理の認容とともに、ここでも宗教の自由を主張する当事者は個人から団体・企業に変わり、保護される利益の重点も、経済・財産上のものに移りつつあるのであろうか。宗教活動の自由とは、そのようなものなのであろうか。

153 *Id.* at 2781-82. 法廷意見は、女性従業員による自己負担を、規制の弱い代替手段の筆頭に挙げている (*Id.* at 2780)。

154 *Id.* at 2787.

155 *Id.* at 2793-97.

156 *Id.* at 2774.

執筆者

山口

智

神戸市外国語大学准教授

研究叢書 55

Monograph Series in Foreign Studies, Vol.55

信仰と法規制

—— アメリカ法の議論から ——

印 刷 2015年 3 月 1 日印刷
Printed 1 March 2015

発 行 2015年 3 月 1 日発行
Printed 1 March 2015

発 行 所 神戸市外国語大学外国学研究所
神戸市西区学園東町 9 丁目 1

Published Research Institute of Foreign Studies, Kobe City University of Foreign Studies
9-1, Gakuen-Higashimachi, Nishi-ku, Kobe, Hyogo, 651-2187, Japan

表紙デザイン 佐藤 篤司
Cover Design SATO Atsushi

印 刷 所 株式会社 興文社
Printer 神戸市西区宮下 1 丁目13-11

Monograph Series in
Foreign Studies

no. **55** 2014

Accommodation of Religion



YAMAGUCHI Satoru

Kobe City
University of
Foreign Studies